This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 268 074

223
18
85

REGIMEN

DE

RECIPROCIDADE

EM VIGOR

ENTRE O BRAZIL

E

Portugal, Hespanha, Italia, França ou Allemanha

SE... 4755
E...
Oficial
NUM. OBRAS 4576
VOL 2737

4755 man 11 48 n.S

REGIMEN

DE

RECIPROCIDADE

EM VIGOR

ENTRE O BRAZIL

E

Portugal, Hespanha, Italia, França ou Allemanha

OU

Analyse do Decreto brazileiro de 8 de novembro de 1851 que regula a arrecadação dos espolios de subditos estrangeiros fallecidos no Brazil e vice-versa

PRECEDIDA D'UM PREFACIO

De joven e distincto jurisconsulto, advogado em Lisboa

Dr. FERNANDO MARTINS DE CARVALHO

POR

LUIZ LEOPOLDO FLORES

Consul geral de Portugal em Bangkok;
Socio das Sociedades de Geographia de Lisboa, Berlim e Leipzig; socio correspondente das de Madrid, Rio de Janeiro, La Paz, Athenas, Alger, Lyon, Lorient e Dunkerque; das Academias de Var (Toulon), e de Ceará; dos Institutos de Coimbra e do de Pernambuco; da real sociedade asiatica de Bombaim; socio honorario da sociedade de S. Nazaire;
Cavalleiro da real ordem de Izabel a Catholica e da antiga e nobilissima ordem de S. Thiago, de merito litterario, scientifico e artistico.

LISBOA
TYPOGRAPHIA DE J. F. PINHEIRO
39, Rua do Jardim do Regedor, 41

1901

Ao Ill.mo Ex.mo Sr.

Dr. Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro

Digno Par do Reino,
Conselheiro d'Estado, Presidente do Conselho e Ministro do Reino.
Vogal do Supremo Tribunal Administrativo,
Gran-cruz de varias ordens nacionaes e estrangeiras
e
Socio d'Academia Real das Sciencias de Lisboa.

D. e C.

O auctor.

Ill.mo Ex.mo Sr.

A observação de varios factos e da divergencia de processos de natureza juridica, que chamaram a minha attenção durante nove annos que exerci funcções consulares n'um dos Estados da Republica brazileira, suggeriu-me a idéa de escrever este trabalho, analysando as disposições do Decreto brazileiro de 8 de novembro de 1851, que desde 1884 é, em Portugal e no Brazil, a Lei reguladora das attribuições e immunidades dos respectivos funccionarios consulares, — esclarecendo o sentido dos seus preceitos e demonstrando, á face dos principios geraes do Direito privado internacional, qual é a verdadeira interpretação que lhes cabe.

E, escrevendo-o, quiz unicamente contribuir, quanto os meus recursos intellectuaes o permittiam, para que cessem as difficuldades que algumas vezes ali se levantam com relação ao modo de prover á segurança dos espolios que pelo seu decesso deixam os estrangeiros, e para que, em vantagem de todos os paizes que, a titulo de reciprocidade, acceitaram o regimen estabelecido no referido diploma, seja uma só a norma reguladora do assumpto.

Ora tantas vezes V. Ex.ª tem gerido, e com tão reconhecida proficiencia, a pasta dos negocios estrangeiros; — tantas occasiões tem tido de vêr surgirem no Brazil varias questões na applicação do mencionado diploma, que certamente é o mais com-

petente para apreciar se, elaborando este trabalho, consegui alcançar cabal satisfação ao meu desejo.

Eis a razão por que venho dedicar a V. Ex.ª este modesto opusculo, como preito da minha admiração pelo seu brilhante talento, como homenagem aos extraordinarios dotes de trabalho e aos incontestaveis merecimentos com que V. Ex.ª conquistou, com justiça, a eminente posição que no paiz occupa, rogando-lhe se digne de relevar a ousadia de ir collocar-se sob a egide do seu esclarecido nome quem não visa outro fim se não o de ser util ao paiz.

E se porventura V. Ex.ª e o nobre ministro da fazenda, que está ao mesmo tempo gerindo, tão sensata e proficientemente, a pasta dos negocios estrangeiros, acharem que, com a publicação d'este trabalho, prestei algum serviço, dar-me-hei por satisfeito de não ter perdido o tempo empregado para o coordenar e os sacrificios feitos para dal-o á estampa.

Com profundo respeito e alta consideração tenho a honra de ser

De V. Ex.ª
Muito Att.º criado e constante admirador

Luiz Leopoldo Flores.

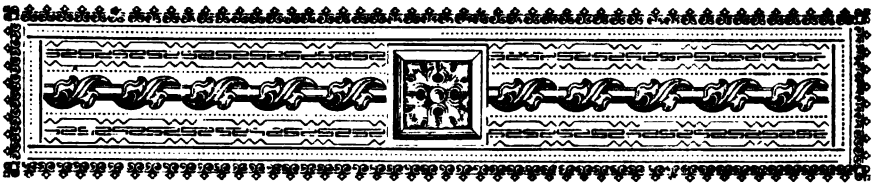
ERRATAS

Pag.	Lin.		Em vez de:	Leia-se:
15 —	6	—	a administração	administração
28 —	9	—	passam	possam
47 —	26	—	proscriptos	prescriptos
53 —	34	—	adeante	adiante
54 —	5	—	deixaram	deixassem
56 —	27	—	destruio	destruiu
75 —	4	(da nota)	segundo e	segundo o
90 —	6	»	art. 32.º	art. 82.º
101 —	9	»	que aliás	porque aliás
» —	16	»	achavam previstos	achava previsto
108 —	23	—	tornos	tornas
128 —	1	(da nota)	*sex*	*lex*
144 —	1	—	commissarlo	commissario
144 —	37	—	estancia	instancia
146 —	8	—	applical-a	applicar-se
147 —	1	—	de somma	da somma
» —	3	—	de molestia	da molestia

Scire leges non est autem earum tenere, sed vim ac potestatem.

Saber as leis não é conhecer as suas palavras, mas a força e o poder d'ellas.

L. 17 DE DIG.



Prefacio

, desalentador o periodo que em Portugal atravessa a litteratura juridica.

A maioria dos livros publicados pertencem a uma d'estas duas categorias: — ou são incoherentes plagiatos de extrangeiras aventuras theoricas em conflicto logico umas com as outras, e caracterisam-se por uma plethora de erudição **ad hoc**, de occasião, de empreitada; — ou são simplesmente, e de uma maneira mais ou menos franca, remissões, com uma vaga **pose** de methodo, aos accordãos dos tribunaes portuguezes, que, salvas excepções gloriosissimas, amanuensam a jurisprudencia, e burocratisam o direito, **desinfectando-os** de tudo que possa ser ambição scientifica, espirito de disciplina theorica.

E' difficil descobrir, n'esta phase de degenerescencia juridica que atravessamos, dentro da nossa litteratura do direito, publicação que nem represente um producto d'essa disposição dos espiritos que faz que entre nós a **improvisação oratoria** seja litteratura, sciencia, legislação e quasi que substitua todo o movimento intellectual; nem uma **mnemonica** vulgar de julgados banaes; nem ainda uma ostentação pueril de exoticas terminalogias, que reduza as theorias scientificas de outros paizes apenas a alguns neologismos incessantemente exhibidos, a um dialecto theorico, a um calão scientifico.

Caracter commum á grande maioria dos trabalhos de cada uma das categorias indicadas é o feitio, que á primeira vista claramente se denuncia, de estudos absolutamente de occasião. Não representam a reacção natural de uma orientação, laboriosa e progressivamente constituida, sobre um assumpto especial, mas só o estudo incoherente do assumpto particular, sem preparação geral, sem disciplina scientifica lentamente organisada, nem predisposição theorica elaborada gradualmente.

Não são obra da evolução do espirito, mas sim obra de creação. São quasi que productos *ex-nihilo*. — O espirito ao creal-os, em vez de ter a orientação scientifica necessaria, é quasi que a **taboa rasa** da metaphysica do seculo XVIII.

Eis pouco mais ou menos o que é actualmente a nossa litteratura juridica, que não conseguiu libertar-se ainda da influencia mediocrisante do ensino official decadente.

Assimelha-se o nosso clima intellectual a esses paizes polares de anemica e rara flora. Poucos livros, e esses poucos atacados fundamente de chlorose mental, eis o balanço da nossa litteratura scientifica, ou pelo menos da nossa litteratura juridica.

*
* *

No meio do desespero morbido que afflige os que sabem e querem ver, é como uma aberta de esperança a leitura tonica de trabalhos de sã intellectualidade, como aquelle que, com sincera surpreza minha, sou chamado a prefaciar.

O sr. Luiz Leopoldo Flores tem uma concepção exemplarmente séria, rigorosamente moral da vida, e especialmente da sua vida profissional.

Para a quasi maioria dos individuos que, como elle, pertencem á carreira consular, os cargos são um *sport*.

Para o sr. Leopoldo Flores a sua carreira é um systema organico de deveres moraes e de intelligencia, que dignamente sabe cumprir.

No exercicio dos cargos que com excepcional distincção tem desempenhado, elle tem feito o seu dever, e o dever alheio. Quando as religiões por vezes se transformam em modo de vida, elle tem transformado o seu modo de vida n'uma religião. E eil-o a luctar, com uma santa energia e ao mesmo tempo com um senso de opportunismo, que lhe é instinctivo e que uma intelligente experiencia dos homens e das cousas tem maravilhosamente desenvolvido, pelo respeito escrupuloso dos direitos, cuja protecção lhe está confiada.

Os seus cargos deram-lhe occasião de estudar com iniciativa mental problemas concretos importantes de direito internacional privado. E vemos um auto-didacta, um individuo sem educação juridica official, mas com muito talento e grandes aptidões de trabalho, a produzir monographias que já conquistaram um logar distincto na historia do nosso direito, na evolução da nossa litteratura juridica.

Singular contraste! O sr. Flores aborda questões juridicas, trata-as com um sério estudo, discute-as com verdadeiro talento, demonstra as subtis qualidades de analyse quasi ao microscopio que devem caracterisar os bons jurisconsultos, disciplina-se a um methodo rigoroso, escreve com uma lucidez cheia de suggestão; a grande maioria dos doutores, licenceados e bachareis pela nossa faculdade juridica, reproduzem subservientemente opiniões alheias, muitas vezes apenas colleccionam alheias phrases insignificantes, e, quando muito, glosam com verbosidade avulsos pensamentos ao acaso encontrados em livros ao acaso lidos.

D'isto resulta que não é condição essencial para se ser jurisconsulto a frequencia do ensino official do direito. E quasi resulta tambem que para se ser jurisconsulto entre nós, é condição necessaria não se ter tal frequencia ..

E' um rarissimo e um saudavel exemplo o sr. Luiz Leopoldo Flores. Muito pou-

cos reagem com tamanha energia contra a nossa indolencia collectiva que, entre outros factores, tem, por sem duvida, essa flora exhuberante de exames e concursos, que habituam os espiritos a uma preparação superficial de ostentação e de momento.

Graças a esse atrophiador regimen, entre nós a **lucta pela vida** termina com a primeira nomeação; a antiguidade, faz, de direito ou de facto, o resto.

E porque a **lucta pela vida** é o factor primario da evolução, termina geralmente entre nós a evolução intellectual dos individuos com o provimento no primeiro cargo.

*
* *

É claro que para uma renascença juridica no nosso paiz é condição essencia começar-se pelas monographias. A evolução intellectual é inductiva — do particular para o geral. — Se quizermos fundar uma escola juridica nacional de solidos alicerces, havemos necessariamente de começar pelos trabalhos especiaes, para, successiva e gradualmente, organisarmos altas generalisações.

De outro modo havemos de nos resignar ao decalque das generalisações, mais ou menos aventureiras, de escolas extranhas. Caminhando n'esta via, o mais que podemos conseguir é a exposição de alheias doutrinas, adaptadas deductivamente ás nossas instituições juridicas.

Só o processo inductivo é meio de investigação, de descoberta scientifica, de evolução intellectual. A deducção é apenas um methodo de exposição. Porque não nos empenhamos n'uma evolução mental do particular para o geral, das monographias para as obras de synthese, estamos reduzidos a um papel muito subalterno.

Reproduzimos doutrinas de outros, não aventuramos doutrinas nossas.

E se ao menos cumprissemos sériamente o nosso papel de expositores de alheias doutrinas!... Se deduzissemos, se adaptassemos! Em regra limitamo-nos, porém, a reproduzir principios e conclusões, que temos preguiça de tirar nós mesmos, e muitas vezes associamos incoherentemente doutrinas, cuja repugnancia intima não descobrimos, e na nossa mania de erudição irreflectida, produzimos verdadeiros **hybridos** mentaes, infecundos, como os **hybridos** o são em regra.

E ha-de ser difficil fugirmos a esta mania degenerativa. Leiam-se as volumosas dissertações inauguraes e de concurso nos ultimos tempos publicadas: — todas ellas denunciam essa megalomania das grandes syntheses, que leva os espiritos sem preparação sufficiente á copia servilmente banal de livros extrangeiros, muitos dos quaes mediocres.

Convencidos, como profundamente estamos, de que a nossa doutrina juridica se desviou para absurdos itinerarios, não podem deixar de nos surprehender agradavelmente trabalhos cuidadosos de especialidades restrictas. É por meio d'elles que o espirito do auctor prepara a sua evolução individual. É por meio d'elles que se prepara a evolução collectiva da escola juridica nacional.

Os livros do sr. Luiz Leopoldo Flores são monographias rigorosamente disciplinadas aos seus assumptos restrictos. E é por isso que nos seus livros é o auctor que pensa, e não pensam só os expositores consultados, como em muitos outros livros succede.

*
* *

Para terminar este prefacio escripto sobre o joelho, e constantemente interrompido pelas conferencias com clientes, eu só accentuarei que os livros do sr. Leopoldo Flores, além de todas as outras condições de superioridade já indicadas, teem o merito da selecção intelligente de assumptos de fundamental interesse theorico e de essencial importancia pratica.

Ninguem pode deixar de reconhecer desde o primeiro momento a importancia excepcional de uma monographia sobre **A nacionalidade de filhos de paes portuguezes nascidos no Brazil.** Essa importancia foi, aliás, expressamente constatada em muitas criticas bibliographicas muito honrosas para o auctor da brochura. E consta-nos que começou já a exercer influencia na jurisprudencia brazileira.

No trabalho, que me coube a honra de apresentar a um publico, que certamente conhece muito melhor ao sr. Flores do que a mim, o auctor commenta habil e doutamente o decreto brazileiro de 1851, que hoje vigora sobre a arrecadação da herança dos subditos portuguezes fallecidos no Brazil.

O auctor abre o seu trabalho com uma parte historica, lucidamente escripta.

Em seguida estuda, sempre orientado por todos os preceitos logicos da interpretação juridica, e revelando sempre grandes aptidões, os casos em que na arrecadação ha ou não intervenção consular, os casos em que não ha arrecadação, o praso e a fórma da reclamação graciosa dos creditos sobre a herança, a intervenção consular e judiciaria no pagamento das dividas, o processo e a competencia para a exigencia contenciosa dos creditos, a legalidade ou illegalidade das percentagens e emolumentos judiciaes na arrecadação da herança, etc.

O livro do sr. Luiz Leopoldo Flores é um optimo serviço prestado ao nosso paiz, especialmente aos nossos consules e vice-consules no Brazil, e á jurisprudencia brazileira.

E' profunda convicção minha que é trabalho muito mais fecundo para o nosso paiz restabelecer a verdadeira interpretação juridica da legislação brazileira de direito internacional privado que nos possa respeitar, do que procurar inopportuna e prematuramente talvez, modificar por accordos internacionaes de qualquer natureza as relações de direito internacional privado entre Portugal e o Brazil.

A razão é simples : — emquanto restabelecemos a verdadeira interpretação de diplomas legaes brazileiros, podemos estar certos de vencer, porque contamos com a alta probidade intellectual da magistratura do Brazil que póde servir de exemplo a muitas do velho mundo. A magistratura brazileira não tem liberdade de seguir um ou outro caminho, porque não ha liberdade de crêr o absurdo ou a verdade, porque a intelligencia não é livre de obedecer ou de não obedecer ás regras da logica ; e se uma boa intelligencia não póde convencer-se do absurdo, um bom caracter não póde defender o que é contrario á convicção formada.

*
* *

Fecho aqui as minhas apressadas considerações.

Deixe-me, porém, o meu amigo sr. Leopoldo Flores, deplorar a triste ideia de me procurar para prefaciador do seu livro.

Poderia ter recorrido a um anonymo, como eu, mas cuja critica de alto valor valesse bem um nome notavel.

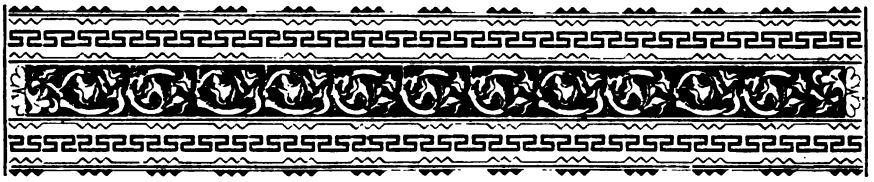
Poderia ter recorrido a um nome ruidoso, cuja notoriedade podesse fazer esquecer a banalidade da critica.

E poderia, sendo completamente feliz, encontrar quem, como esse jurisconsulto portuguez, de altissimo valor, dr. Eduardo Alves de Sá, prestasse a auctoridade luminosa do seu nome eminente, e escrevesse um prefacio que, como todos os outros seus trabalhos, fosse uma obra de genio.

Quiz recorrer a mim. Ahi tem o resultado : — nem o nome salva o prefacio da sua vulgaridade, nem, pelo contrario, o prefacio faz esquecer a assignatura, que não desperta uma unica reminiscencia na quasi unanimidade dos leitores.

Lisboa.

Fernando Martins de Carvalho.



Duas palavras preliminares

Um dos factos mais curiosos que se apresenta ao observador, nas sociedades contemporaneas, é a disparidade que se nota entre a evolução do Direito publico e privado interno, e a do Direito publico e privado internacional.

Á primeira vista, dir-se-hia um contrasenso similhante disparidade. Pois serão, com effeito, mais faceis de comprehender, definir e averiguar, portanto, nas leis, as obrigações e as immunidades da personalidade humana pela circumstancia apenas de ella surgir e bracejar no meio d'outras pessoas que reconhecem a mesma origem e no mesmo torrão se desenvolvem —, do que o são, se o acaso dispôz que ella appareça ou labute em solo extranho, quando mantém, comtudo, intacto e inviolavel o laço que a prende á sua patria?

A priori, interrogando tão sómente o instincto que a natureza pôz em cada um de nós, soccorrendo-nos simplesmente da intuição de que somos primordialmente dotados, a resposta que logo acode é, sem a menor duvida, negativa.

Que importa, por exemplo, que um de nós, portuguezes, nasça aqui mesmo, sob este admiravel céo sempre puro, sempre azul, d'um brilho egual e dôce, ou nasça além, sob outro céo, esbrazeado, de reflexos crus quasi metallicos, estonteador e hostil, ou ainda n'outro lado entre brumas pesadas e tristonhas, a gottejar o frio e o desalento, — se pelo sangue, pelo caracter, pelos costumes, pela estructura moral, pelo typo phisico, continuâmos a ser, invariavelmente, portuguezes?

Que importa que a necessidade, a phantasia, a ambição, o dever, a miragem d'um instante ou um proposito de longa data deliberado, nos leve para longe de terra conhecida, e amada, nos arranque ao convivio dos que, por mais d'um motivo, nos são caros, e nos arremesse para entre rostos que nos são de todo extranhos, se no intimo da nossa alma ouvimos a cada instante segredar-nos a voz, de incomparavel meiguice, da estremecida patria ausente?

Por ventura, qualquer d'estes meros incidentes pessoaes póde e deve destruir o que é fundamental e organico, o que, precisamente, nos define como entidade anthropologica e psychica — se nos é permittida a expressão — o que, aos olhos proprios e alheios, nos individualisa entre os outros homens de diversa procedencia e de civilisação divergente? Evidentemente, incontestavelmente, não, — respondem a um tempo e sem hesitar — o sentimento e a razão.

E todavia, como vinhamos dizendo, a experiencia de cada dia irrompe a desmentir a categorica affirmativa. Ao menos, o direito corrente, tal qual o vemos fixado na legislação e nos codigos, desconhece, positivamente, aquella linguagem decisiva.

Nitido, rigoroso, de flagrante uniformidade, emquanto estabelece e garante a situação de pessoa humana e de tudo o que póde considerar-se como o prolongamento ou emanação d'ella — a propriedade e a familia —, desde que dentro da propria sociedade se desenvolve e trabalha, torna-se vago, obscuro, titubeante, quando entre a collectividade e um dos seus membros desgarrado se levanta o embaraço da fronteira.

Para aquém, tudo é claro e luminoso, tudo é simples e logico; para além, tudo é confuso e opaco, tudo é indistincto e complicado.

Bem sabemos que o problema das relações civis, já de si complexo ainda quando se considera apenas applicado aos membros d'uma mesma familia social, maior complexidade assume quando se procura resolvel-o na hypothese de viverem ou haverem nascido alguns d'esses membros em paiz estrangeiro.

A sociedade que podemos chamar organica não póde deixar de vêr n'elles uma parte integrante de si mesma; d'outro lado, pretende, tambem, muitas vezes, reclamal-os para si a sociedade que denominaremos — de adopção, sobretudo, como é o caso das nações americanas, quando na revindicação reside o empenho supremo do povoamento e nacionalisação da riqueza.

É preciso gente, mas gente laboriosa, emprehendedora, com aptidões adequadas por tirocinio prolongado nos centros de civilisação superior, que valorise todos esses vastos tractos de terreno que só esperam um trabalho intelligente para mostrarem a sua maravilhosa fecundidade; mas é tambem indispensavel que a riqueza produzida e os agentes que a crearam se fixem no novo solo.

Por analogos motivos, a sociedade originaria, especialmente quando nem a população nem os recursos superabundam, como acontece com o nosso Portugal, envida o melhor dos seus esforços para fazer repatriar, senão os seus filhos, ao menos os capitaes que ao longe elles souberam accumular com a sua habilidade e indefectivel constancia.

É d'esta situação peculiar entre os paizes do velho e do novo mundo, caracterisada juntamente com innegavel solidariedade, e por um antagonismo de interesses que em vão se buscará desconhecer, que derivam as incertezas e as duvidas sobre o gráu de protecção e a extensão de interferencia permittida aos agentes consulares dos primeiros ácêrca dos seus

nacionaes residentes nos segundos. Já o mostrámos n'um nosso anterior opusculo, na questão debatida e um pouco irritante de saber qual a nacionalidade que devia seguir o filho de pae portuguez, nascido no Brazil; mostra-lo-hemos de novo n'esta outra questão correlativa, de decidir a quem deva pertencer a arrecadação das heranças de portuguezes fallecidos no territorio da Republica.

Existem, é certo, convenios destinados a regularisar esta materia, á falta de principios assentes e preceitos definitivamente fixados no Direito privado internacional; parecendo, pois, que bastam as estipulações n'elles contidas para dirimir qualquer pendencia jurisdiccional que se suscite a tal respeito. Antecipadamente afigurar-se-hia que a previsão dos negociadores e redactores d'esses accordos soube impedir, por disposições claras e precisas, a possibilidade sequer de duvida, quanto mais de conflictos.

Todavia, não é assim. As interpretações mais ou menos arbitrarias succedem-se com tal frequencia; o desconhecimento das clausulas dos diplomas a que nos referimos, tão completamente parece exhibir-se em casos multiplos, que, como o leitor verá por alguns exemplos illustrativos consignados no texto, as contestações e por consequencia os transtornos e incommodos constituem, por assim dizer, o espinho permanente do cargo consular.

Foi na modesta intenção de contribuir, na medida das nossas forças e na proporção infelizmente restricta em que a publicidade de opiniões logra elucidar os espiritos, que emprehendemos este nosso trabalho, procurando com a maior sinceridade e não sabemos se com exito, tornal-o tão imparcial e desinteressado na idéa como despretencioso e polido na fórma. Desejariamos, visando unicamente a obter vantagens communs, vêl-o conhecido e até mesmo criticado pelos magistrados junto dos quaes desde alguns annos vimos defendendo o que julgamos ser os legitimos interesses dos residentes portuguezes na prospera Republica brazileira, e sustentando tenazmente o que

pensavamos constituir a verdadeira doutrina a applicar nos casos variados em que os alvitres divergiram.

Se nenhum principio inedito surgisse a imprimir novo rumo ao Direito privado internacional, chegar-se-hia ao menos no debate a concluir por um systema de interpretação dos convenios reciprocos vigentes, que pozesse côbro, por uma vez, ás invasões sempre possiveis do arbitrio ou do descuido e aos exaggeros frequentes das susceptibilidades nacionalistas.

Desviado, por temerario, o menor intuito de innovar onde os proprios mestres da sciencia juridica só com extrema prudencia se aventuram, é a este segundo objectivo, essencialmente conciliador e pratico, que miram as singelas considerações, que n'este opusculo offerecemos á curiosidade dos que entendem merecer esta ordem de questões algumas horas de reflexão e de exame.

Primeira parte

I

Relações entre Portugal e o Brazil

Convenções consulares assignadas entre ambos os paizes. — Regimen actual da arrecadação dos espolios de subditos portuguezes fallecidos no Brazil e vice-versa.

INDA nos principios do seculo XIX Portugal e o Brazil formavam uma só monarchia; portuguezes e brazileiros constituiam uma só nação, tinham a mesma mãe patria. Portugal e o Brazil, fazendo partilha amigavel, separaram-se como dous irmãos que põem casa á parte para melhor se auxiliarem no intuito de acrescentar a herança paterna, e promover os interesses communs. Os dous povos manifestaram a firme intenção de se concederem mutuamente favores especiaes, que não se tornassem extensivos a outras nações.

Se tal intenção não foi expressamente estipulada no tratado de independencia, celebrado em 29 de agosto de 1825, em todos os tratados concluidos posteriormente entre o Brazil e outros paizes concordaram as altas partes contractantes em declarar que, *fallando-se* de *nação mais favorecida*, *nunca serviria de termo de comparação a nação portugueza.*

Esta reserva, embora variassem os termos em que foi formulada, appareceu em todos os convenios claramente consignada. A Gran-Bretanha foi a primeira potencia a reconhecer que os dous povos irmãos podiam e deviam conceder-se favores reciprocos especiaes, que

os outros Estados não podessem reclamar, como consequencia da clausula de tratamento da nação mais favorecida.

Pela sua parte, Portugal reservou tambem o mesmo direito nos tratados que celebrou com todas as nações e designadamente com a França, a Hespanha, e a Italia.

No artigo 5.º do tratado de independencia de 29 de agosto de 1825 estipulou se que os subditos de ambas as nações seriam considerados e tratados como os de nação mais favorecida. E comquanto o governo brazileiro, fundando-se talvez em factos que poderiam ser rectificados, tivesse declarado em 1847 insubsistente tal clausula, é todavia certo que, á face dos principios mais incontroversos do direito internacional, ella subsiste e deve subsistir emquanto não fôr alterada pelo mutuo consenso das altas partes contractantes.

Os regulamentos, que foram publicados no Brazil para a arrecadação dos bens de defunctos e ausentes, exceptuaram sempre as heranças pertencentes a subditos da nação *com quem existissem tratados nos quaes houvesse estipulações especiaes e diversas.*

Esta excepção foi a principio consignada no artigo 43.º do regulamento de 9 de maio de 1842, e não foi revogada nem alterada pelos regulamentos posteriores, porque a circular do ministerio dos negocios estrangeiros de 28 de setembro de 1845 declarou terminantemente que não o podia ser.

Nos tratados que existiam em 1845 o Brazil garantia á França, á Inglaterra e a todos os outros Estados que tinham o direito do tratamento de nação *mais favorecida, que os respectivos agentes consulares seriam tratados segundo os principios de mais exacta reciprocidade, ou gozariam dos privilegios que pertencessem ao seu logar, como são usualmente reconhecidos e admittidos.*

Protecção do estrangeiro pelo seu respectivo consul, arrecadação dos bens tambem por elle, é um principio tão geralmente aceito que os eminentes publicistas que procuraram codificar o direito internacional, não duvidaram consagral-o nos seus projectos de codigos como digno de ser observado por todas as nações: «Os consules são no estrangeiro encarregados de fazer pelos seus nacionaes o que o estado faria se elles permanecessem em territorio patrio. É pelos consules que o estado estende os seus braços protectores sobre toda a superficie do globo.» [1]

Para applicar á intervenção dos funccionarios consulares, na arrecadação das heranças, este incontroverso principio de direito interna-

[1] Direito Internacional codificado, art. 254.º e 255.º

cional, o governo brazileiro promulgou em 8 de novembro de 1851 um regulamento, approvado por D. n.º 855 da mesma data, commettendo, em caso de reciprocidade, aos consules das respectivas nações, como protectores natos dos seus naturaes, as attribuições para intervirem na arrecadação da herança e para promoverem o que fosse conveniente, confiando-lhes a guarda, a administração e liquidação dos bens d'ella.

*

* *

É este decreto que, em virtude de notas reversaes de 18 de novembro e de 9 de dezembro de 1851, aceito a titulo de reciprocidade, vigorava entre o Brazil e Portugal como regimen convencional das attribuições consulares.

Mais tarde celebrou-se a convenção de 4 de abril de 1863, a qual, approvada pelos governos de ambos os paizes, foi ractificada e confirmada em Portugal por L. de 11 de julho *(Diario de Lisboa*, n.º 231) e no Brazil por D. n.º 3145 de 27 de agosto do referido anno de 1863.

A pratica, porém, do artigo 13.º d'esta convenção, que se referia á arrecadação dos espolios de subditos portuguezes fallecidos no Brazil, bem como a de correlativos artigos de eguaes convenções celebradas entre aquelle paiz e diversas potencias europêas, suscitou no antigo imperio tantas difficuldades, graças á interpretação diversa e por vezes contradictoria que lhe davam d'um lado os consules e d'outro as auctoridades judiciarias, e originou taes duvidas e conflictos, que ficou paralysada a acção consular.

Sendo esses conflictos altamente nocivos ás relações de bôa amizade, conveniente accordo e mutuo respeito, que tanto importava manter entre os funccionarios consulares e as auctoridades judiciarias, para que uns e outros conseguissem exercer proficuamente a sua missão, estipulou se em 23 de maio de 1867 um *accôrdo interpretativo* o qual, sendo approvado em Portugal por L. de 1 de julho *(Diario de Lisbôa* n.º 145) e no Brazil por D. imperial n.º 3935 de 21 de agosto, foi ratificado e confirmado pelo governo portuguez por D. de 19 de setembro de 1867 *(Diario de Lisbôa* n.º 215), para ter execução desde 1 de outubro do referido anno.

N'este *accôrdo interpretativo*, para a fixação dos casos em que devia haver intervenção consular, tomou-se por base a nacionalidade do finado com a nacionalidade e circumstancias peculiares d'um ou mais herdeiros, ou legatarios por titulo universal, e estipulou-se que,

na arrecadação, administração, liquidação e entrega dos espolios dos seus nacionaes fallecidos no territorio do antigo imperio, os funccionarios consulares interviriam por dois modos — exclusiva ou cumulativamente, sempre que:

— não houvesse herdeiros ou legatarios universaes;
— não houvesse testamenteiro;
— houvesse, entre os herdeiros, um ou mais de nacionalidade portugueza, que estivesse ausente, ou então fosse incapaz ou menor (ainda que nascido no Brazil, depois da L. de 10 de setembro de 1860);
— a successão fosse testamentaria e o testamenteiro estivesse presente, fosse capaz e aceitasse o encargo;
— a successão fosse *ab intestato* e embora existisse quem pela lei pudesse e devesse ficar cabeça de casal;
— e, finalmente, houvesse, além de herdeiro portuguez, cujas circumstancias especiaes motivaram a intervenção, um ou mais de diversa nacionalidade.

Assim, para regular a intervenção consular exclusiva attendeu-se ás circumstancias peculiares dos herdeiros, estipulando-se que ella teria logar nas seguintes hypotheses:

a) não havendo herdeiros;
b) ou não havendo testamenteiro;
c) ou, havendo-o, elle estivesse ausente, fosse legalmente incapaz, ou não aceitasse o encargo;
d) ou entre os herdeiros presentes capazes e maiores, nem um houvesse que pela lei pudesse e devesse ficar na posse e cabeça de casal.

Estipulou-se, pelo contrario, que a intervenção seria cumulativa, quando:

a) sendo a successão testamentaria houvesse testamenteiro ou testamenteiros nomeados e algum d'elles estivesse presente, fosse legalmente capaz, e aceitasse o encargo;

b) sendo a successão *ab intestato*, houvesse entre os herdeiros algum que pela lei pudesse e devesse ficar na posse e cabeça de casal;

c) sendo a successão, quer legitima quer testamentaria, houvesse logar para a nomeação d'um tutor ou d'um curador dos herdeiros nacionaes ou estrangeiros.

*
* *

Denunciada, porém, essa convenção ou accôrdo interpretativo, assignou-se em 25 de fevereiro de 1876 uma outra que foi approvada e ratificada em Portugal pelas LL. de 19 e 28 de abril *(Diario do Governo*, n.º 125) e no Brazil por D. n.º 6:236 de 21 de julho de 1876.

N'esta convenção foi supprimida a intervenção cumulativa, e estipulou-se que o consul arrecadaria, guardaria, administraria e liquidaria a herança, exclusivamente:

1.º — quando os herdeiros fossem desconhecidos;
2.º — quando fossem menores, ausentes ou incapazes, da nacionalidade do fallecido;
3.º — quando o executor nomeado em testamento estivesse ausente ou não aceitasse o encargo.

Estipulou-se mais que o inventario, administração e liquidação da herança correria pelo juizo territorial:

1.º — quando houvesse executor nomeado em testamento, que estivesse presente e aceitasse o encargo;
2.º — quando houvesse conjuge sobrevivente a quem pertencesse continuar na posse da herança e cabeça de casal;
3.º — quando houvesse herdeiro maior presente que, na conformidade das leis de dous estados, devesse ser inventariante;
4.º — quando, com herdeiros da nacionalidade do finado, concorressem herdeiros, menores, ausentes ou incapazes, de nacionalidade diversa.

E accrescentou-se que, em qualquer d'estas ultimas hypotheses, concorrendo algum herdeiro menor, ausente ou incapaz da nacionalidade do finado, o consul requereria a competente nomeação para exercer as funcções de tutor ou curador, a qual lhe seria concedida; e, feita a partilha, arrecadaria a quota que pertencesse aos seus representantes, e continuaria na administração dos respectivos bens, assim como das pessoas dos menores ou incapazes.

*
* *

Tendo sido egualmente denunciada esta ultima convenção, como consta do aviso do ministerio dos negocios estrangeiros do Brazil, publicado com a data de 15 de fevereiro de 1884, declarando que cessariam os effeitos d'ella em 28 de maio do mesmo anno, ajustou-se, por meio de notas reversaes trocadas entre a legação de Portugal e o ministerio dos negocios estrangeiros do Brazil em 19 e 20 de maio de 1884, que as attribuições e as immunidades dos respectivos funccionarios consulares seriam provisoriamente reguladas de novo pelo regimen de reciprocidade, estabelecido no regulamento approvado por D. brazileiro n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

Ratificado este ajuste, os governos portuguez e brazileiro determinaram, que as disposições do referido decreto vigorassem em ambos os paizes com relação ás attribuições e immunidades dos respectivos consules. Para tal fim, em Portugal publicou-se o D de 3 de julho de 1884, e no Brazil a circular do ministerio da justiça de 29 de maio do mesmo anno, collocando Portugal entre as nações que mantem a reciprocidade com aquelle paiz.

Portanto, o que, desde 22 de maio de 1884, vigorava entre Portugal e o Brazil, é o regimen de reciprocidade, estabelecido no regulamento brazileiro approvado por D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

*
* *

No Brazil, as arrecadações dos bens de defunctos e ausentes eram ao principio reguladas pelas disposições dos DD. de 9 de maio de 1842 e 27 de junho de 1845. Mais tarde foram taes disposições modificadas pelo D. de 15 de junho de 1859. Mas, com respeito a arrecadação, administração e liquidação de heranças dos estrangeiros, continuou em vigor o D. de 8 de novembro de 1851,

declarando as isenções e attribuições dos agentes consulares estrangeiros no paiz, e o modo por que se terão de haver n'esses actos, dado o caso de reciprocidade.

Vê-se d'aqui que, no systema da legislação do Brazil, ha duas especies de arrecadação: a que é feita exclusivamente pelo juizo orphanologico, segundo o direito commum, e aquella a que se procede com intervenção do respectivo agente consular, segundo o direito especial.

Em regra, deve proceder-se á arrecadação segundo o direito commum, quando a herança jacente é d'um nacional, e, sendo d'um estrangeiro, sómente quando a nação a que elle pertence não mantem porventura com o Brazil reciprocidade estabelecida por accôrdo, cumprindo ao juiz, n'este ultimo caso, participar o facto immediatamente ao respectivo consul para requerer o que lhe convier, e, na falta d'este, ao ministro dos negocios estrangeiros para communical-o ás auctoridades competentes, do paiz do fallecido.[1]

Tem logar a arrecadação segundo o direito especial, quando a herança jacente é d'um estrangeiro, com cuja nação o Brazil mantem reciprocidade estabelecida por accôrdo.[2]

Ora, se Portugal aceitou por notas reversaes o principio de reciprocidade, como já vimos, é claro que á arrecadação das heranças jacentes dos subditos portuguezes não podem ser no Brazil applicadas as disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859, mas sim as do D. de 8 de novembro de 1851, especialmente quando aquellas forem diversas e contrarias ás d'este diploma.[3]

As disposições do referido D. devem ser tambem applicadas á arrecadação das heranças dos subditos hespanhoes, italianos, fran-

---

[1] *Manual do Procurador dos Feitos*, pag. 150, nota 645. — Regulamento de 15 de junho de 1859, art. 33.º — *Consolidação das Leis*, art.os 1263.º e 1264.º

[2] *Consolidação das Leis*, art.os 1260.º e 1262.º

O Sr. Perdigão Malheiros, *Manual do Procurador dos Feitos*, § 357.º e seguintes, ensina: «As heranças jacentes dos estrangeiros domiciliados no Imperio, serão arrecadadas e administradas, quando haja tratado ou convenção que as exceptue das regras geraes, segundo as regras especiaes consignadas nos tratados e convenções.

«Por via da disposição geral a este respeito existe o D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851, que será observado dada a reciprocidade por accôrdo.»

[3] «Vigorando para com Portugal e outras nações o D. de 8 de novembro de 1851, não lhes é applicavel o Regulamento de 15 de junho de 1859, nem outras disposições quando contrarias ao referido Decreto.» *(Supplemento do Manual do Procurador dos Feitos*, do Dr. Perdigão Malheiros, §§ 158.º e 160.º

cezes e allemães, visto o regimen de reciprocidade ter sido tambem aceito pelos governos d'aquelles paizes.

*
* *

Sem embargo do que fica exposto parece que, no Brazil havia uns que desconheciam a existencia do ajuste feito entre Portugal e aquelle paiz, e havia outros que pensavam que não devia vigorar o regimen de reciprocidade, como convenção reguladora da arrecadação de espolios dos subditos das respectivas nações, visto, ao accôrdo celebrado pelas notas reversaes, não ter seguido da parte do governo brazileiro publicação do decreto como exige o artigo 24.º do citado regulamento, pretendendo todos, salvas raras excepções, applicar á arrecadação das heranças dos subditos portuguezes fallecidos n'aquelle paiz as disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859.

O governo portuguez publicou, como acima se disse, em 3 de julho do mesmo anno um decreto determinando que vigorassem em Portugal e suas colonias, a respeito dos funccionarios consulares do Brazil e dos respectivos subditos ali residentes, as disposições dos art.os 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 11.º do Regulamento brazileiro de 8 de novembro de 1851.

Se o governo brazileiro não publicou egual decreto podia tal falta invalidar o accôrdo celebrado entre os dous governos? E se tal omissão constituisse nullidade podia ser invocada por parte dos magistrados judiciaes da nação, cujo governo lhe deu origem contra quem não a commetteu? Qualquer que seja a fórma d'um accôrdo entre dous governos a sua materia não é obrigatoria para ambos?

Mas, se o governo brasileiro não promulgou um decreto como o fizera o de Portugal, expediu ou publicou, como se disse, pelo ministerio da justiça a circular de 29 de maio do referido anno de 1884, collocando este paiz entre as nações que mantem a reciprocidade com o Brazil.

E, por um documento official, incluir um paiz no numero dos que mantem reciprocidade com o Brazil, é o mesmo que declarar que ha entre ambos accôrdo estabelecendo tal reciprocidade. Sem haver accôrdo, sem ser aceito mutuamente tal regimen, Portugal não podia ser officialmente comprehendido entre as nações que mantem a reciprocidade. Preenchido assim o fim da parte final do artigo 24.º do alludido regulamento, é claro que, a respeito dos subditos portu-

guezes residentes no Brazil, deviam vigorar as disposições do mesmo regulamento.

Essas duvidas, porém, comquanto não fossem procedentes, não podem todavia subsistir actualmente, e desappareceram com a promulgação do D. brazileiro n.º 3492 de 13 de novembro de 1899, pelo qual se determinou que se applicassem definitivamente aos agentes consulares portuguezes as disposições a que se refere o artigo 24.º do regulamento, mandado executar por D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

Taes são as notas e os diplomas a que nos referimos:

Nota do Governo Imperial á Legação Portugueza

Rio de Janeiro, Ministerio dos Negocios Estrangeiros, 17 de maio de 1884.

Recebi a nota que o Sr. Antonio Maria de Tovar de Lemos, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, serviu-se dirigir-me em 14 do corrente, propondo que a convenção consular de 1876 que cessa no dia 21, seja prorogada até se concluir a que o Governo Imperial consente em negociar.

Sinto que me não seja permittido aceitar esta nova proposta. O Governo Imperial, admittindo a primeira nas circumstancias que o Sr. Ministro conhece, deu ao Governo de Portugal prova incontestavel da sua deferencia e dos seus amigaveis sentimentos e não póde ir além. Em quanto pois se não conclue novo ajuste, ficam os Agentes Consulares Portuguezes nas condições dos Consules, cujos Governos não teem convenções com o do Brazil, *salvo se o Sr. Tovar de Lemos está auctorisado para aceitar e aceita o D. de 8 de novembro de 1851.*

Tenho a honra de reiterar ao Sr. Ministro as seguranças da minha alta consideração.

F. de C. Soares Brandão.

Ao Sr. Antonio Maria de Tovar de Lemos, etc., etc.

Nota da Legação Portugueza ao Governo Imperial

Legação de Portugal. — Petropolis, 19 de maio de 1884.

O abaixo assignado, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, tem a honra de declarar a

S. Ex.ª o Sr. Conselheiro Francisco de Carvalho Soares Brandão, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros de Sua Magestade o Imperador, *que está devidamente auctorisado para aceitar e aceita* o D. n.º 855 e respectivo Regulamento de 8 de novembro de 1851, como regimen regulador das isenções e attribuições dos funccionarios Consulares de Portugal no Imperio, proposto na nota de S. Ex.ª de 17 do corrente, emquanto não fôr concluida a nova Convenção Consular que o Governo Imperial consentiu em negociar por nota de 9 do mesmo mez.

O abaixo assignado roga portanto a S. Ex.ª se digne tomar as providencias necessarias para que esse regimen comece a ser executado desde o dia, em que cessam os effeitos da actual Convenção de 25 de fevereiro de 1876, na certeza de que os funccionarios consulares do Brazil gozarão em Portugal das mesmas isenções e attribuições concedidas e determinadas no citado Decreto e Regulamento respectivo, que por isso se devem considerar como fazendo parte integrante e essencial da presente nota.

O abaixo assignado aproveita com prazer a opportunidade para renovar a S. Ex.ª as seguranças da sua mais alta consideração.

A S. Ex.ª o Sr. Conselheiro Francisco de Carvalho Soares Brandão, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios Estrangeiros, etc., etc.

A. de Tovar.

Telegrammas aos Presidentes das Provincias

20 maio 1884. — Desde 21 corrente Convenção Consular Portugal substituida provisoriamente por Decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

Soares Brandão.

Ministerio dos Negocios Estrangeiros

Rio de Janeiro, 21 de maio de 1884.

Ill.mo e Ex.mo Sr. — Como foi communicado a V. Ex.ª por aviso n.º 2 de 15 de fevereiro ultimo, a Convenção Consular com Portugal cessa em todos os seus effeitos no dia 21 do corrente; mas, de accôrdo com a Legação de Sua Magestade Fidelissima, será a referida Convenção d'aquella data em diante substituida provisoriamente pelo D. de 8 de novembro de 1851.

Tenho a honra de reiterar a V. Ex.ª os protestos da minha alta estima e mui distincta consideração.

F. de C. Soares Brandão.

A S. Ex.ª o Sr. Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça.

Ministerio dos Negocios Estrangeiros

Rio de Janeiro, 21 de maio de 1884.

Illmo e Exmo Sr. — Tenho a honra de communicar a V. Ex.ª que a Convenção Consular entre o Brazil e Portugal, cujos effeitos cessam no dia 21 do corrente, fica provisoriamente substituida, segundo accôrdo com a Legação de Sua Magestade Fidelissima, pelo D. de 8 de novembro de 1851.

Reitero a V. Ex.ª os protestos de minha alta estima e mui distincta consideração.

F. de C. Soares Brandão.

A S. Ex.ª o Sr. Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda.

Igual communicação se fez aos Presidentes das Provincias.

Decreto do Governo de Sua Magestade Fidelissima

Tendo cessado os effeitos da Convenção Consular entre Portugal e o Brazil, de 28 de abril de 1876, e conformando-me com o ajuste feito ultimamente por meio de notas reversaes, trocadas entre o meu Ministro na Côrte do Rio de Janeiro e o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros d'aquelle Imperio, em virtude do qual a referida Convenção foi substituida pelo Decreto de 8 de novembro de 1851, promulgado no Brazil: hei por bem determinar, para a reciproca observancia das disposições do mesmo Decreto, que, até se concluir uma nova Convenção Consular entre os dous paizes, se-

jam postos em execução e vigorem em Portugal, ilhas adjacentes e nas provincias ultramarinas, onde é, ou vier a ser permittida a residencia de funccionarios consulares brazileiros, a respeito dos mesmos funccionarios e dos subditos brazileiros, as disposições contidas nos art.os 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 11.º, do Regulamento de 8 de novembro de 1851, que acompanhou o citado Decreto da mesma data, os quaes artigos fazem parte d'este decreto e baixam assignados pelos meus Ministros e Secretarios de Estado dos Negocios Estrangeiros e dos Negocios Ecclesiasticos e da Justiça. Os mesmos Ministros o tenham assim entendido e façam executar.

Paço da Ajuda, em 3 de julho de 1884.

El-Rei com Rubrica e Guarda.

José Vicente Barbosa du Bocage.

Lopo Vaz de Sampaio e Mello.

Decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851

Hei por bem, em virtude do artigo 102.º, § 12.º da Constituição, e do artigo 46.º da L. de 28 de outubro de 1848, e tendo ouvido o parecer da respectiva Secção do Conselho de Estado, ordenar que se execute o Regulamento que com este baixa, regulando as isenções e attribuições dos Agentes Consulares estrangeiros no Imperio, e o modo porque se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de subditos de suas nações, dado o caso de reciprocidade, assignado por Paulino José Soares de Souza, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros, que assim o tenha entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro, em 8 de novembro de 1851, trigesimo da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Paulino José Soares de Sousa.

Regulamento a que se refere o Decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851

ARTIGO 1.º

Os Agentes Consulares, isto é, os Consules e Vice Consules es-

trangeiros no Imperio, tendo obtido o Exequatur Imperial para as suas nomeações, exercitarão livremente as funcções de natureza administrativa proprias do seu cargo, que, sem offensa das Leis do paiz, lhes forem incumbidas por seus Governos.

Compete-lhes favorecer e promover a navegação e commercio legal dos seus nacionaes, protegel-os contra medidas illegaes; assistil-os em suas justas pretenções perante as Auctoridades locaes; recorrer, no caso de denegação de justiça da parte d'ellas ao Governo Imperial por intermedio do Agente Diplomatico da sua nação, ou directamente se o não houver; representar pelo mesmo modo sobre as medidas adoptadas, que affectem, ou tendam a prejudicar o commercio e a navegação do seu paiz; e finalmente praticar outros actos administrativos, taes como receber as declarações, protestos, termos e outros documentos que lhes apresentarem os capitães de navios da sua nação; legalisal-os, passar certificados, fazer escripturas de contractos maritimos, de casamentos entre os seus nacionaes, e outros d'esta natureza, segundo seus regulamentos, ou ordenanças dos seus Governos.

ARTIGO 2.º

Logo que fallecer um estrangeiro domiciliado no Brazil, intestado, que não tenha conjuge na terra, ou herdeiros, reconhecidamente taes, presentes, aos quaes, conforme a direito, pertença ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventario e dar partilha; ou mesmo com testamento, se forem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes e ausentes tambem os testamenteiros, procederá o juiz dos defunctos e ausentes com o respectivo Agente Consular á arrecadação da herança, cuja guarda será confiada ao mesmo Agente, dando logo o dito Juiz principio ao inventario ex-officio, no qual proseguirá em presença do referido Agente Consular.

Não terá logar essa ingerencia dos Agentes Consulares quando algum herdeiro, reconhecidamente tal, fôr cidadão Brazileiro, ainda que esteja ausente.

ARTIGO 3.º

Concluido o inventario, serão os bens da herança confiados á administração e liquidação do Agente Consular, que não poderá dispôr dos mesmos, ou de seu producto, nem devolvel-os aos seus legitimos herdeiros, até se reconhecer, precedendo annuncios publicados nos jornaes, immediatamente depois da arrecadação, que não comparece, dentro de um anno, credor algum á mesma herança, ou emquanto

pender alguma questão judicial sobre ella, ou não forem pagos os direitos, a que esteja sujeita pelas leis do Imperio. Para se verificar se tem ou não logar o pagamento de direitos, deverá o Agente Consular mostrar por documentos sufficientes e devidamente legalisados qual é o grau de parentesco entre o fallecido e seu herdeiro, ou herdeiros.

ARTIGO 4.º

Decorrido um anno de que falla o artigo antecedente, não pendendo questão judiciaria sobre a herança, pagos os direitos fiscaes, ou verificado que não tem logar o seu pagamento, o Agente Consular poderá dispôr da mesma herança, e remetter o seu producto a quem de direito, segundo as instrucções que tiver, sendo então considerado pelos Tribunaes do paiz como representante do herdeiro, ou herdeiros, para com os quaes será o unico responsavel.

ARTIGO 5.º

Se apparecerem dividas, ou penderem questões que affectem sómente uma parte da herança, poderá, decorrido um anno, e cumpridos os requesitos do artigo 3.º, executar-se a disposição do artigo antecedente a respeito da parte liquida e desembaraçada da herança, feito o deposito publico de quantia correspondente á importancia da divida, ou questão pendente, ou reservado objecto da mesma questão.

ARTIGO 6.º

Se fallecer algum estrangeiro domiciliado no Brazil, nas circumstancias do artigo 2.º d'este Regulamento, em logar onde não exista Agente Consular de sua nação, o juiz dos defunctos e ausentes procederá á arrecadação e ao inventario da herança em presença de duas testemunhas fidedignas da nacionalidade do finado e, na falta d'estas, em presença de dois negociantes, ou proprietarios de confiança, sendo aquellas, ou estes os administradores e liquidadores da herança até que se proveja sobre o destino do producto liquido e não controvertido d'ella.

ARTIGO 7.º

No caso do artigo antecedente deverá o Juiz remetter dentro de quinze dias, depois que tiver noticias de que falleceu algum estrangeiro em seu districto nas circumstancias do artigo 3.º, ao Ministro

dos Negocios Estrangeiros, com a certidão de obito, uma informação sobre a idade, residencia, logar do nascimento, profissão e o que constar ácerca dos bens e parentes do mesmo estrangeiro, afim de que o dito Ministro se entenda com a Legação, ou Agente Consular respectivo sobre o destino do liquido da herança.

ARTIGO 8.º

Nem o Agente Consular, nem os administradores no caso do artigo 6.º, poderão pagar divida alguma do defuncto, sem auctorisação do Juiz, que não ordenará pagamento sem audiencia do Agente Consular, ou dos administradores.

Exceptua-se as despezas do funeral, as quaes serão logo auctorisadas pelo mesmo Juiz, sendo possivel, ou pela auctoridade policial do districto, com attenção ás forças da herança.

ARTIGO 9.º

Quando o estrangeiro fallecido tiver sido socio de alguma sociedade commercial, ou tiver credores commerciantes de quantias dignas de attenção, proceder-se-ha na fórma dos artigos 309.º e 310.º do Codigo do Commercio. Ao Juizo dos ausentes e ao respectivo Agente Consular sómente competirá arrecadar a quota liquida que ficar pertencendo á herança. Poderá porém o Agente Consular, nos termos dos ditos artigos, requerer o que fôr a bem da mesma.

ARTIGO 10.º

Nos casos em que, segundo o artigo 6.º d'este Regulamento, forem nomeados adimistradores ás heranças jacentes de estrangeiros, perceberão elles, se o requererem, a porcentagem que as Leis do Imperio tiverem estabelecido para os Curadores de semelhantes heranças e os emolumentos de Juizo serão contados do mesmo modo.

ARTIGO 11.º

Quando fallecer um Agente Consular estrangeiro, a sua herança será arrecadada pelo mesmo modo, pelo qual o são as dos membros do Corpo Diplomatico, excepto se o Agente Consular tiver exercido alguma industria no paiz, porque n'este caso proceder-se-ha segundo a regra geral.

ARTIGO 12.º

Quando um navio estrangeiro naufragar nas praias do Brazil e em logar onde haja Agente Consular da respectiva nação, poderá este praticar tudo quanto julgar conveniente para a salvação do mesmo navio, dos seus pertences e carregamento, salva a intervenção das Auctoridades territoriaes para soccorrer os naufragos, manter a ordem, garantir os interesses tanto dos proprietarios do casco e carregamento como os da Fazenda Publica, para a legalidade do inventario, authenticidade dos objectos naufragados, seu deposito na Alfandega e para todos os incidentes que passam tornar suspeito o procedimento do capitão, piloto ou quaesquer outros conductores do navio naufragado.

ARTIGO 13.º

Os Agentes Consulares estrangeiros exercerão a auctoridade de Juizes e Arbitros nas questões relativas aos salarios das tripulações e em todas as civeis que se moverem entre os seus nacionaes que as compozerem, entre os capitães de diversos navios de sua nação e nas causas do commercio entre os seus concidadãos, quando estes não prefiram recorrer ás Auctoridades do Imperio e não se achem envolvidos em taes questões direitos de qualquer habitante do Imperio de diversa nacionalidade.

ARTIGO 14.º

Aos Agentes Consulares pertence tomar conhecimento, segundo os seus Regulamentos, dos delictos commettidos a bordo dos navios da sua nação por individuos da tripulação, uns contra os outros, durante a viagem, comtanto que nem o offensor, nem o offendido sejam subditos do Imperio, porque em tal caso, não obstante fazerem parte da mesma tripulação, competirá exclusivamente ás Auctoridades territoriaes conhecer de taes delictos.

ARTIGO 15.º

Quando os navios mercantes estrangeiros se acharem dentro de qualquer dos portos do Brazil, a jurisdicção criminal e policial dos respectivos Agentes Consulares não se estenderá aos delictos graves, ou que por qualquer modo possam perturbar a tranquillidade publica ou affectar particularmente qualquer habitante do paiz.

ARTIGO 16.º

Os Agentes Consulares estrangeiros serão auxiliados, requisitando-o, pelas competentes Auctoridades territoriaes, não só quando tiverem necessidade da intervenção e apoio d'ellas para o exercicio das funcções a bordo dos ditos navios, mas tambem quando pretenderem a prisão e entrega dos marinheiros e soldados que d'elles desertarem, ou dos de guerra, ficando os mesmos Agentes Consulares obrigados pelas despezas que taes individuos fizerem nas prisões.

ARTIGO 17.º

Os Agentes Consulares estrangeiros são sujeitos, nos negocios civeis e nos delictos individuaes que commetterem, á jurisdicção das Auctoridades do Imperio, quer se trate de um negocio que lhes seja directamente relativo, quer pertença a terceiro e se torne a sua intervenção como simples particular necessaria, guardando-se porém, para com os mesmos agentes todas as attenções usadas no fôro quando as citações e intimações se dirigem a pessoas que exercem cargos publicos de elevada categoria, e dando-se-lhes, não sendo réus em materia crime, assento ao lado da Auctoridade, ou Presidente do Tribunal, perante a qual tiverem de comparecer, salvo quando forem negociantes, ou exercerem alguma outra industria no paiz e a questão versar sobre objectos de seu commercio, ou industria, porque n'este caso observar-se-ha para com elles o mesmo procedimento que a respeito de qualquer outro individuo particular.

ARTIGO 18.º

Sómente nos delictos que commetter como commerciante, ou nos de tal gravidade que não admittem fiança, se poderá proceder á prisão de um Agente Consular sem auctorisação do Governo Imperial, o qual o fará julgar pelo tribunal competente, quando entender que, ou em razão das circumstancias de que o delicto é revestido, ou por motivo ponderoso, não deve entregar o mesmo Agente ao Governo, do qual é subdito, para que o faça julgar, ou que não basta expedil-o do Imperio, ou cassar-lhe o Exequatur.

ARTIGO 19.º

Os archivos, documentos e correspondencia official dos Consula-

dos e Vice-Consulados estrangeiros são isentos de buscas, e de toda e qualquer investigação e exame por parte das Auctoridades do Imperio. No caso de prisão, ou expulsão de um Agente Consular, sem haver quem o substitua no logar, deverão ser os ditos archivos, documentos e correspondencia cuidadosamente conservados, sendo lacrados e sellados pelo dito Agente e pela primeira Auctoridade Judiciaria que residir no Termo.

ARTIGO 20.º

Os brazileiros que exercerem as funcções de Consules e Vice-Consules estrangeiros no Brazil, não deixam por isso de estar inteiramente sujeitos á jurisdicção ordinaria do paiz, e serão processados e punidos pelos seus tribunaes sempre que commetterem algum crime, qualquer que seja a sua gravidade. Taes funcções tambem não os isentam dos encargos publicos e do serviço da Guarda Nacional, quando por motivo especial não obtenham isenção, ou dispensa d'elle.

ARTIGO 21.º

As casas em que residem os Agentes Consulares estrangeiros não gosam de direitos do asylo, nem obstam ás citações, prisões, e execução de quaesquer mandados das justiças do paiz, guardadas as devidas attenções, e as garantias e formalidades estabelecidas pelas Leis.

ARTIGO 22.º

Um decreto do Governo designará os pontos do Imperio, em que são, ou serão admittidos Agentes Consulares.

ARTIGO 23.º

As disposições dos artigos, 1.º, 13.º, 14.º, 16.º, 18.º e 19.º d'este Regulamento deixarão de aproveitar aos Agentes Consulares e subditos d'aquellas nações, entre as quaes os Agentes Consulares e subditos brazileiros não encontrarem reciprocidade, declarando o Governo Imperial qual ou quaes d'aquellas disposições devam por semelhante motivo deixar de ter execução.

ARTIGO 24.º

Os artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º sómente terão vigor

a respeito dos Agentes Consulares e subditos de uma nação, depois que, em virtude de accôrdo, fôr a reciprocidade estabelecida por meio de notas reversaes, e sendo, em consequencia, mandados executar a respeito de tal nação por decreto do Governo.

Palacio do Rio de Janeiro, em 8 de novembro de 1851.

Paulino José Soares de Souza.

Decreto n.º 3.084 de 5 de novembro de 1898 que consolidou as leis referentes á Justiça Federal

PARTE V

TITULO III

CAPITULO VI

Arrecadação de bens de estrangeiros

ARTIGO 155.º

Pertencem ao juizo seccional a arrecadação, inventario e partilha do espolio de estrangeiro, quando a especie estiver prevista em convenção, ou tratado internacional.

Não tendo sido estipuladas regras especiaes, serão observadas, depois que por decreto do Governo Federal for mandado guardar o accordo, as seguintes disposições. [1]

ARTIGO 156.º

Tem logar a arrecadação:

a) quando tallecer um estrangeiro domiciliado no Brazil, intestado, que não tenha presentes na terra conjuges, ou herdeiros reconhecidamente taes, aos quaes, conforme o direito, pertença ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventario e dar partilha;

b) quando o estrangeiro domiciliado no Brazil morrer com testamento, se forem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes tambem os testamenteiros. [2]

---

[1] D. n. 855, de 8 de novembro de 1851, art. 24.º

[2] D. n. 855, art. 2.º

ARTIGO 157.º

Em taes casos o juiz seccional procederá com o Agente Consular da nação do fallecido á arrecadação da herança, cuja guarda será confiada ao mesmo agente e em sua presença dará logo principio ao inventario *ex-officio* e proseguirá até final. [1]

ARTIGO 158.º

Não terá porém logar a ingerencia dos agentes consulares, quando algum herdeiro, reconhecidamente tal, fôr cidadão brazileiro, ainda que esteja ausente. [1]

ARTIGO 159.º

Concluido o inventario, serão os bens da herança confiados á administração e liquidação do Agente Consular que não poderá dispôr dos mesmos, ou de seu producto, nem devolvel-os aos seus legitimos herdeiros, até se reconhecer, precedendo annuncios publicados nos jornaes, immediatamente depois da arrecadação, que não comparece, dentro de um anno, credor algum á mesma herança, ou emquanto pender alguma questão judicial sobre ella, ou não forem pagos os direitos, a que esteja sujeita pelas leis do Brazil.

Para se verificar se tem, ou não logar o pagamento de direitos, deverá o Agente Consular mostrar por documentos sufficientes e devidamente legalisados, qual gráo de parentesco entre o fallecido e seu herdeiro, ou herdeiros. [2]

ARTIGO 160.º

Decorrido o anno, de que fala o artigo antecedente, não pendendo questão judiciaria sobre a herança, pagos os direitos fiscaes, ou verificado que não tem logar o seu pagamento, o Agente Consular poderá dispôr da mesma herança e remetter o seu producto a quem de direito, segundo as instrucções que tiver, sendo então considerado pelos tribunaes do paiz como representante do herdeiro, ou herdeiros, para com os quaes será o unico responsavel. [3]

---

[1] D. n.º 855, art. 2.º
[2] D. n. 855, art. 3.º
[3] D. n.º 855, art. 4.º

ARTIGO 161.º

Se apparecerem dividas ou penderem questões que affectem sómente uma parte da herança, poderá decorrido o anno, e cumpridos os requisitos do art. 157.º, executar-se a disposição do artigo antecedente a respeito da parte liquida e desembaraçada da herança, feito o deposito publico de quantia correspondente á importancia da divida ou questão pendente, ou reservado o objecto da mesma questão. [1]

ARTIGO 162.º

Se fallecer algum estrangeiro domiciliado no Brazil, nas circumstancias do art. 156.º, em logar onde não exista Agente Consular de sua nação, o juiz seccional procederá á arrecadação e ao inventario da herança em presença de duas testemunhas fidedignas da nacionalidade do finado e, na falta destas, em presença de dous negociantes ou proprietarios de confiança, sendo aquellas ou estes os administradores e liquidadores da herança até que se proveja sobre o destino do producto liquido e não controvertido della.[2]

ARTIGO 163.º

No caso do artigo antecedente, deverá o juiz remetter dentro de 15 dias, depois que tiver noticia de que falleceu algum estrangeiro em seu districto nas circumstancias do art. 156.º, ao ministro dos negocios estrangeiros, com a certidão de obito, uma informação sobre a idade, residencia, logar do nascimento, profissão e o que constar ácerca dos bens e parentes do mesmo estrangeiro, afim de que o dito ministro se entenda com a legação ou o Agente Consular respectivo sobre o destino do liquido da herança. [3]

ARTIGO 164.º

Nem o Agente Consular, nem os administradores, no caso do art. 162.º, poderão pagar divida alguma do defunto, sem auctorisação

---

[1] D. n.º 855, art. 5.º
[2] D. n.º 855, art. 6.º
[3] D. n.º 855, art. 7.º

do juiz, que não ordenará pagamento sem audiencia do Agente Consular ou dos administradores. [1]

Exceptuam-se as despezas do funeral, as quaes serão logo autorisadas pelo mesmo juiz, sendo possivel, ou pela autoridade policial do districto, com attenção ás forças da herança. [1]

ARTIGO 165.º

Quando o estrangeiro fallecido tiver sido socio de alguma sociedade commercial, ou tiver credores commerciantes de quantias dignas de attenção, proceder-se-ha na fórma dos art. 309.º e 310.º do Cod. Com. Ao juizo seccional e respectivo Agente Consular sómente competirá arrecadar a quota liquida que ficar pertencendo á herança. Poderá porém o Agente Consular, nos termos dos ditos artigos, requerer o que fôr a bem da mesma. [2]

ARTIGO 166.º

Nos casos em que, segundo o art. 162.º, forem nomeados administradores ás heranças jacentes de estrangeiros, perceberão elles, se o requererem, a percentagem que as leis tiverem estabelecido para os curadores de taes heranças e os emolumentos dos officiaes do juizo serão contados do mesmo modo. [3]

ARTIGO 167.º

Quando fallecer um Agente Consular estrangeiro, a sua herança será arrecadada pelo mesmo modo, pelo qual o são as dos membros do corpo diplomatico, excepto se o Agente Consular tiver exercido alguma industria no paiz, porque neste caso proceder-se-ha segundo a regra geral. [4]

Decreto n.º 3:492 de 13 de novembro de 1899

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil, consi-

---

[1] D. n.º 855, art. 8.º
[2] D. n.º 855, art. 9.º
[3] D. n.º 855, art. 10.º
[4] D. n.º 855, art. 11.º

derando que não póde ser concluida a negociação da Convenção Consular projectada em 1884, entre os Governos do Brazil e de Portugal, para substituir a que foi denunciada em 21 de março de 1883; e, bem assim, que o estado provisorio do regimen do D. n.º 855, de 8 de novembro de 1851, determinado pela circular de 21 de maio de 1884, tem suscitado duvidas quanto ao modo como devem proceder os Agentes Consulares portuguezes na arrecadação e administração das heranças de subditos de sua nação, decreta:

Artigo 1.º Ficam definitivamente applicadas aos Agentes Consulares de Portugal as disposições, a que se refere o art. 24.º do Reg. mandado executar pelo D. n.º 855, de 8 de novembro de 1851.

Art. 2.º Logo que cessar o accordo sobre o regimen estabelecido pelo presente D., as successões que estiverem em liquidação passarão a ser regidas pelo D. n.º 2433, de 15 de junho de 1859, ou pelo que então vigorar.

Capital Federal, 13 de novembro de 1899, 11.º da Republica.

M. Ferraz de Campos Salles.

Olyntho de Magalhães.

II

Condições, effeitos, caracter e indole do D. de 8 de novembro de 1851 em relação a Portugal e o Brazil

Se o tal decreto vigora como regimen de reciprocidade entre ambos aquelles paizes em virtude do ajuste feito, se elle é hoje o regulador das immunidades e attribuições consulares, não se póde deixar de attribuir-lhe, implicita e explicitamente, o caracter de accôrdo internacional.

Ora, todos os accôrdos feitos entre os estados importam tratados publicos, diz Frantz Despagnet na sua obra *Cours de Droit international Public.*

Eis o seu texto:

«*Tous les accords entre les Etats constituent des traités publics.*»

Logo, o D. n.º 855 de 1851, ainda que brazileiro de origem, visto ter sido aceito por Portugal e pelo Brazil como regimen de reciprocidade, é um diploma internacional, um accôrdo concluido entre essas duas nações, e portanto um *tratado publico.*

Segundo o seu objecto, e posta de lado a sua fórma, as convenções internacionaes podem ser divididas em tratados politicos e sociaes. Póde-se incluir n'estas categorias, perfeitamente claras e distinctas, todas as convenções internacionaes, qualquer que seja a sua fórma ou o seu nome, diz F. de Martens no seu *Traité de Droit International.*

Taes são as suas palavras:

«*D'après leur contenu et sans égard pour leur forme, les conventions internationales ne peuvent être, selon nous, divisées qu'en traités politiques et en traités sociaux. On peut faire rentrer dans ces cathégories parfaitement claires et distinctes toutes les conventions nationales, quelle que soit leur forme et leur nom.*»

Logo, qualquer que seja a fórma do ajuste celebrado a titulo de reciprocidade, ácêrca d'aquelle diploma, entre Portugal e o Brazil, não importa; e por conseguinte não tira ao referido D. de 8 de novembro de 1851 a natureza e o caracter do tratado.

E de facto, o que é o tratado?

É o accôrdo expressamente estipulado entre dois ou mais estados para estabelecer, modificar ou extinguir relações reciprocas obrigatorias, diz o citado Frantz Despagnet na já mencionada obra:

Eis o texto:

«*L'accord exprèssement déclaré entre deux ou plusieurs Etats pour établir, modifier ou éteindre entre eux un rapport obligatoire.*»

Ora, se o D. n.º 855 estabelece uma relação obrigatoria entre Portugal e o Brazil em virtude do accôrdo feito para a sua applicação, como regimen de reciprocidade, é claro que não póde restar duvida de que elle é realmente um tratado, pouco importando a fórma, que póde variar, na opinião dos escriptores citados.

*

* *

Contra esta doutrina tão trivial em direito internacional dir-se-ha talvez que o regulamento de 1851 é uma lei interna livremente elaborada em virtude d'um artigo da constituição do Brazil, e de outra lei emanada do corpo legislativo d'este paiz, e que em consequencia de notas reversaes ficou sendo apenas objecto do ajuste internacional — que a fórma não se deve confundir com a materia, quando ambas estão bem separadas, e se distinguem pela differença das consequencias a que se acham sujeitas — que a primeira póde desapparecer, ficando a segunda como acto de legalisação interna, o que não acontece com os tratados propriamente ditos, onde a fórma arrasta comsigo a materia, ou o objecto convencionado, e com elle inseparadamente perdura, ou cessa de existir dentro de certo praso estipulado.

Mas, se o citado regulamento tem caracter de lei interna, em relação aos paizes que nada convencionaram ácêrca d'elle com o Brazil, é fóra de duvida que, com relação a Portugal, se tornou um verdadeiro accôrdo internacional.

Que o citado regulamento, dada a reciprocidade, é um verdadeiro ajuste internacional, disse-o o governo brazileiro no aviso n.º 326 de 15 de julho de 1862, assignado pelo marquez d'Abrantes, um dos eminentes estadistas, e então ministro dos negocios estrangeiros.

Tal é o seu texto:

«A observancia do regulamento de 8 de novembro de 1851, que teve por objecto estabelecer de modo pratico a arrecadação do espolio de subditos estrangeiros fallecidos no Imperio *ab intestato*, foi garantida a todas as potencias, que nos offerecem a reciprocidade por sua parte. E, pois, desde que pelos meios officiaes e solemnes do estylo fosse mutuamente afiançada a reciprocidade, é claro que o dito regulamento tornou-se um ajuste internacional, cujas disposições só por outro ajuste internacional podem ser revogadas ou modificadas, e nunca por quaesquer leis ou regulamentos concernentes ao serviço interno do paiz.

«Tendo sido Portugal uma das potencias que acceitaram a reciprocidade offerecida, como consta do accôrdo celebrado n'esta côrte pelas notas reversaes de 18 de novembro e 9 de dezembro de 1851, e mandado executar pelo D. n.º 882 d'esta ultima data, já se vê que está comprehendido no principio que fica exposto, e que por consequencia não podem ser invocadas as disposições do regulamento de 15 de junho de 1859, nem de outra qualquer que contrariem as do de 8 de novembro de 1851.»

A reciprocidade foi mutuamente afiançada em 1884 por uma fórma tão official, tão solemne e tão de estylo, como em 1851. O accôrdo, celebrado na côrte do Rio de Janeiro pelas notas reversaes de 19 e 20 de maio de 1884, é tão egual e tão perfeito, como o celebrado pelas notas de 18 de novembro e 9 de dezembro de 1851.

A troca de notas e as declarações são os meios officiaes e solemnes do estylo, que hoje mais geralmente se empregam para a celebração de ajustes internacionaes.

L'échange de lettres entre les souverains et l'échange de notes entre les gouvernements produisent des engagements dont la portée est determinée par le caractère ou la teneur des lettres, dizem os publicistas.

Quelques fois les accords intervenus entre les états prennent la forme d'une simple déclaration par laquelle les parties contractantes constatent qu'elles se sont entendues sur certains faits, sur certains points généraux ou particuliers ou sur certains principes, et par laquelle elles determinent la ligne de conduite que chacune d'elles a resolu de suivre, diz Calvo.

Pelas notas trocadas no Rio de Janeiro, com data de 19 e 20 de maio de 1884, os dous governos de Portugal e do Brazil accordaram em observar e fazer observar as disposições do D. de 8 de novembro de 1851, como regimen regulador das immunidades e attribuições consulares, em substituição da convenção de 25 de fevereiro de 1876.

N'este ajuste internacional como se poderá distinguir a fórma de materia, para dar caracter convencional sómente áquella e negal-o á esta? A fórma foi uma troca de notas, como podia ser uma simples declaração ou um tratado revestido das formalidades mais solemnes. A essencia está na expressão do mutuo consenso em adoptar a materia ou as disposições d'aquelle decreto, como regras do procedimento ou como regimen das attribuições dos funccionarios consulares.

Logo, o citado decreto tornou-se, pois, um verdadeiro ajuste internacional, e as suas disposições ficaram tendo um caracter tão convencional, e tão obrigatorio para ambas as partes contractantes, como se fossem clausulas d'um tratado solemne.

Que o governo federal do Brazil considera até hoje aquelle diploma como um tratado, demonstram os documentos referentes á denuncia do accordo a respeito do mesmo decreto entre o Brazil e a Republica do Uruguay, publicados no diario official de 24 de agosto de 1894, pois, segundo os principios do direito internacional, são denunciados sómente os diplomas que constituem tratados, *quelle que soit leur fórme et leur nom.*

Nos accordos internacionaes a substancia serve sómente para classifical-os em tratados politicos ou sociaes, e não para tirar-lhes a sua natureza de tratados internacionaes. [1]

---

[1] O Sr. A. B. L. Castello Branco, procurador da republica em Pernambuco, n'um parecer, que deu em 13 de setembro 1895, sobre o recurso extraordinario ao Supremo Tribunal Federal, recorrente o consul de Portugal e recorrido José Loureiro e outros, citando a opinião dos escriptores do direito internacional, conclue assim mais ou menos: «*Logo o D. de 51, embora brazileiro de origem e apezar de sua fórma, não perde a natureza e caracter de tratado, e como tal suas determinações compromettem reciprocamente os dois governos que o assignaram (de Portugal e do Brazil) a tornarem-n'o real e positivo, e portanto é do meu dever olhar pela sua fiel observancia.*»

III

Competencia do poder judicial em relação a este diploma

Os convenios internacionaes regulam relações e estabelecem obrigações de povo para povo, e não de particular para particular; estipulam regras de procedimento que tem sancção no direito das gentes, e não no direito civil; são negociados e concluidos exclusivamente pelo governo, ou pelo poder executor de cousas que dependem do direito das gentes, como diz Montesquieu.

Os tribunaes civis podem e devem applicar os tratados, mas não tem o direito de interpretal-os, diz Trolley.

Eis o texto:

> «Les tribunaux civils peuvent et doivent appliquer les traités, mais ils n'ont pas le droit de les interpreter.»

O poder judicial tem por dever applicar os tratados diplomaticos; mas... por força do principio da separação dos poderes, é-lhe absolutamente vedado interpretal-os e aprecial-os, diz Mr. Billot.

Eis as suas palavras:

> «Le pouvoir judiciaire a le devoir d'appliquer les traités diplomatiques, mais nous verrons plus loin que par conséquence rigoureuse du principe de la séparation des pouvoirs, et lui est absolument interdit de les interpréter et de les aprécier.»

No mesmo sentido escreve tambem Calvo no seu livro — *Le Droit International.*

Transcrevemos as suas palavras:

> «L'interprétation des traités dérive du droit de les conclure, et appartient dès lors en propre et exclusivement au pouvoir exécutif de chaque E'tat, qui, à l'égard de la puissance co-contractante comme pour les autorités administratives placées directement sous ses ordres immédiates peut seul être appellé à donner aux engagements souscrits leur valeur, et leur signification doctrinales.»

Na occasião em que se discutia no senado do Brazil a convenção luso-brazileira de 1876, disse o sr. Barão de Cotegype, um dos distinctos estadistas d'aquelle paiz, e então presidente do conselho e ministro dos negocios estrangeiros:

«O ciume de independencia do poder judicial fique de lado, fiquem tambem de lado essas susceptibilidades quando se tem de executar actos internacionaes. Os juizes não são competentes para interpretar o sentido das convenções; e sim o proprio governo discutindo com o governo estrangeiro, dado que haja motivo de duvida.

«Mas de certa época a esta parte tenho estranhado o poder judicial do meu paiz; parece que a sua tendencia é tornar-se superior a todos os outros poderes. Até se tem dito que o executivo se lhe deve mostrar submisso, parecendo que se quer crear em nosso paiz uma entidade egual aos antigos parlamentos de França.

«O poder judicial tem attribuições suas; mas *est modus in rebus.*»

O aviso circular sob n.º 515 do ministerio de justiça de 30 de novembro de 1877 diz no seu § 4.º:

«Ao poder judicial falta competencia para restringir, ampliar, declarar ou modificar por qualquer fórma o que se acha solemnemente estipulado por ajustes internacionaes, devendo as duvidas occorrentes ser trazidas ao governo imperial.»

O proprio poder legislativo, que pela constituição de alguns povos é chamado a approvar os convenios internacionaes ou auctorisar a sua ratificação, não é competente para os interpretar ou modificar.

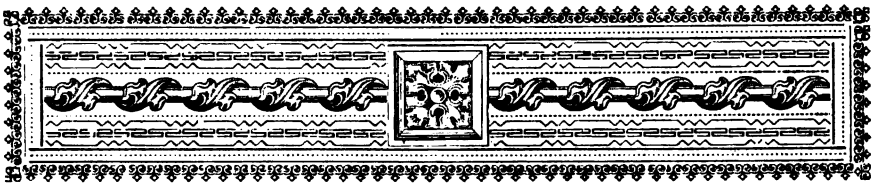
Por conseguinte, se o D. de 8 de novembro de 1851 é um diploma internacional, as suas disposições não podem ser alteradas senão pelo mutuo accôrdo das partes contractantes.

Nem os funccionarios consulares, nem as auctoridades judiciarias

são competentes para interpretar, ampliar, restringir ou modificar por qualquer fórma as disposições do alludido decreto As duvidas. que occorrerem na pratica, devem ser communicadas pelos funccionarios consulares e pelas auctoridades judiciarias aos respectivos governos, para que as resolvam por mutuo e amigavel accordo. [1]

[1] Sobre este assumpto o sr. Castello Branco, no parecer atraz invocado, citando Trolley, Calvo, Billot, Funck-Brentano e Albert Sorel, Kluber, Wattel, Carnazza, dr. Menezes de Drumond, e abraçando o principio de que : — «*os Estados que tem concluido um tratado são os unicos capazes de o executar e de o interpretar, são soberanos na interpretação como foram na negociação*, exclama:

«Em vista, pois, das lições dos mestres, o poder judiciario não tem competencia para interpretar tratados e convenções internacionaes.»



Segunda Parte

I

Quando e de que fórma deve o consul intervir na arrecadação de espolios de seus nacionaes?

Com respeito á intervenção dos funccionarios consulares, na arrecadação das heranças dos seus nacionaes, em geral ha a considerar duas hypotheses em que, por virtude de seu mandato natural, devem ser chamados a representar e proteger os direitos e interesses d'aquelles individuos.

A primeira é, quando o nacional fallece sem deixar na terra ou na comarca do seu fallecimento, ou onde se acham os bens da herança, testamenteiros presentes e que acceitem o encargo, conjuge sobrevivo ou herdeiros reconhecidamente taes, aos quaes pertença, conforme o direito, ficar em posse e cabeça de casal para proceder ao inventario e dar partilha.

A segunda é, quando, deixando testamenteiros, conjuge sobrevivo ou herdeiros nas referidas condições, deixa tambem herdeiros auzentes, menores ou incapazes a quem o funccionario consular deve protecção.

Na primeira hypothese é de bôa razão e justiça que o agente consular, como protector e representante nato dos seus nacionaes, arrecade, administre e liquide os bens dá herança, podendo praticar todos os actos conservatorios ou de jurisdicção voluntaria para isso necessarios, e que o juiz territorial intervenha para assistir, se o julgar conveniente, ao inventario ou arrolamento dos bens, como defensor dos interesses eventuaes que os cidadãos do paiz possam ter sobre esses bens, ou antes para decidir questões de natureza contenciosa.

Não ha duvida que o D. de 8 de novembro de 1851, dando-se as circumstancias da primeira hypothese, confere ao funccionario consular o direito de guardar, administrar e liquidar os bens da herança; mas incumbe ao juiz territorial actos que eram e que deviam ainda continuar a ser praticados por aquelle funccionario, visto serem puramente conservatorios ou de mera jurisdicção voluntaria, como o arrolamento dos bens e o pagamento das dividas não contenciosas, privando o assim de attribuições, que todas as convenções do Brazil lhe reconheciam, e que são sanccionadas pelo direito internacional.

Na segunda hypothese é tambem de justiça e bôa razão que intervenha o consul, como protector e representante nato dos seus nacionaes ausentes, menores ou incapazes. Mas como deverá ter logar esta intervenção?

Portugal, a França, a Italia, a Hespanha e outros paizes d'Europa estipularam nas suas convenções que, sempre que houvesse um ou mais herdeiros ausentes, menores ou incapazes, da nacionalidade do fallecido, o consul arrecadaria, administraria e liquidaria os bens da herança.

As primeiras convenções que o Brazil celebrou estavam redigidas em termos taes que pareciam conceder ao funccionario consular similhantes attribuições; mas o governo brazileiro contestou a interpretação que os outros governos lhes davam, e terminou-se essa longa controversia com os accôrdos interpretativos assignados com a França em 21 de junho de 1866, e com Portugal em 23 de maio de 1867 — accôrdos em que as partes outhorgantes transigiram sobre uma base equitativa — a divisão e representação dos interesses na razão de nacionalidade.

Como já vimos este ultimo accôrdo interpretativo estabelecia a administração commum ou conjunta do consul e do juiz territorial, quando com um ou mais herdeiros portuguezes, ausentes, menores ou incapazes, concorresse, ou uma viuva brazileira de origem, ou um herdeiro brazileiro cabeça de casal, ou um testamenteiro, ou um ou mais herdeiros brazileiros menores, ausentes ou incapazes.

E, comquanto a convenção consular de 25 de fevereiro de 1876, pelas difficuldades que a administração conjunta havia suscitado na pratica, commettesse ao juiz territorial a arrecadação, administração e liquidação das heranças dos subditos portuguezes fallecidos nas circumstancias, em que pelos accôrdos anteriores tinha logar a administração conjunta, deu todavia, n'esses casos, ao consul o direito de proteger, na qualidade de tutor ou curador, os seus nacionaes ausentes, menores ou incapazes.

O D. de 8 de novembro de 1851 com relação á segunda hypothese nada previne; mas o regulamento de 27 de junho de 1845 no seu artigo 11.º dispõe o seguinte:

Na assistencia que é facultada aos consules das nações estrangeiras aos actos judiciaes e administrativos relativos ás heranças de defunctos e ausentes de seus nacionaes, deve entender-se a faculdade de requerer perante as auctoridades do paiz todas as providencias legaes que forem conducentes à bôa arrecadação, administração e liquidação das mesmas heranças, e bem assim o direito de serem ouvidos a respeito da escolha e nomeação dos curadores e administradores d'ellas.

Ora, esta disposição não tendo sido revogada pelas LL. posteriores, antes pelo contrario o art. 33.º do regulamento de 15 de junho de 1859 impondo ao juiz, como vimos, a obrigação de participar o facto ao respectivo consul, se o houver, quando o finado é estrangeiro pertencente, está entendido, á alguma nação com quem o Brazil não mantem a reciprocidade, é claro que, dadas as circumsrancias da segunda hypothese, tem o funccionario consular o direito de proceder, nos termos proscriptos no alludido regulamento de 27 de junho de 1845, e no art. 33.º do regulamento de 15 de junho de 1859.

II

Como e de que fórma o consul, segundo o D. de 8 de novembro de 1851, intervem na arrecadação dos bens dos seus nacionaes?

Se o Acto Interpretativo de 1867 reconhecia duas especies de intervenção consular — a *exclusiva* e a *cumulativa*, — e se a convenção de 1876 não admittia senão a intervenção exclusiva, o D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851, que actualmente é o diploma regulador, afasta-se do systema de ambas aquellas convenções; não reconhece

nem admitte a intervenção consular exclusiva, mas sempre conjunta com o juiz de orphãos e ausentes, do logar.

Segundo este decreto, ha arrecadação de espólios pelo juizo territorial,[1] conjuntamente com o consul, a quem compete guardar, administrar e liquidar:

1.º — quando, fallecendo *ab intestato* um estrangeiro domiciliado no Brazil, não tiver conjuge na terra ou herdeiros reconhecidamente taes, presentes, aos quaes, conforme o direito, pertença ficar na posse e cabeça de casal, para proceder a inventario e dar partilha, e quando algum d'estes herdeiros, reconhecidamente taes, não fôr cidadão brazileiro, embora esteja auzente;

2.º — quando, fallecendo mesmo com testamento, forem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes, e ausente tambem o testamenteiro.

D'estas duas hypotheses complexas, consignadas no artigo 2.º do D. de 8 de novembro de 1851, estabelecendo os casos em que ha intervenção consular, resulta *a contrario sensu:*

1.º — Que não ha arrecadação de herança:

a) se houver presente na terra conjuge que possa ser inventariante,

b) se estiver presente algum herdeiro reconhecidamente tal, a quem compita ficar na posse e cabeça de casal,

c) se houver presente herdeiro instituido, ou testamenteiro nomeado em testamento;

2.º — Que a arrecadação é feita exclusivamente pelo juizo territorial e sem intervenção consular:

a) se o fallecido não fôr estrangeiro, ou, sendo-o, pertencer á alguma nação com quem o Brazil não mantenha o principio de reciprocidade,

b) se algum herdeiro, reconhecidamente tal, fôr cidadão brazileiro, ainda que esteja ausente,

c) se a fallecida, posto que estrangeira de origem e nascimento, fôr viuva de cidadão bra-

[1] Hoje seccional — D. n.º 3:492 de 13 de novembro de 1899.

zileiro e não tiver recobrado a sua nacionalidade primitiva,

d) se a fallecida, sendo brazileira e viuva de algum estrangeiro, tiver recobrado a naciona lidade primitiva.

Tal é a doutrina que se deduz dos preceitos do D. de 8 de novembro de 1851.

*
* *

Antes, porém, de entrar na apreciação de cada um dos casos supramencionados, estabeleçamos duas hypotheses:

1.ª Se um subdito portuguez domiciliado no Brazil vier a fallecer fóra d'este paiz, verificando-se todas as circumstancias especificadas no D. para a intervenção consular, não deverá n'este caso haver arrecadação pelo juizo territorial, conjuntamente com o agente consular, da herança que o finado ali deixou?

2.ª E, em eguaes circumstancias, fallecendo um subdito portuguez não domiciliado no Brazil, não se deverá proceder á arrecadação conjuntamente com o agente consular dos bens que alli deixou?

Quanto á 1.ª O artigo 2.º do citado decreto, referindo-se aos subditos estrangeiros domiciliados no Brazil, não faz distincção entre os que fallecem no paiz e os que veem a fallecer fóra d'elle; e onde a lei não distingue ninguem póde distinguir. *Ubi lex non distinguit, non distinguit Pretor.*

Quanto á 2.ª Se os agentes consulares intervem na arrecadação do espolio dos seus nacionaes domiciliados no Brazil e que alli fallecem, pelo fundamento de serem protectores natos e deverem zelar e fiscalisar os interesses dos herdeiros do finado, menores ou ausentes; —devem tambem intervir na arrecadação da herança, não só dos que, sendo domiciliados no Brazil, veem a fallecer fóra d'elle, mas tambem d'aquelles que, não sendo domiciliados no mesmo paiz, deixam alli bens, que, no interesse dos herdeiros ausentes, menores ou incapazes, é mister guardar, administrar e liquidar; pois onde se dá a mesma razão se deve applicar a mesma lei.—*Ubi eadem ratio datur ibi eadem lex applicatur.*

De mais, a arrecadação dos bens de ausentes pelo juizo orphanologico procede, ainda que o individuo que os deixar, falleça fóra do Brazil. [1]

Ora, verificada a hypothese do art.º 2.º do D. de 8 de novembro de 1851, a intervenção do juiz de orphãos e ausentes não póde destacar-se da intervenção do agente consular, que lhe é essencialmente conjunta, nos termos do mesmo art. e do art. 3.º

Logo, se procede uma, deve necessariamente proceder a outra.

III

Casos em que, segundo o D. de 8 de novembro de 1851, não ha arrecadação de herança

O 1.º caso negativo é *o de haver presente na terra conjuge, que possa ser inventariante.*

Mas para tal fim não basta a simples presença do conjuge; é preciso que elle tenha direitos e condições exigidas pela lei para ser inventariante e cabeça de casal.

Segundo a lei, não póde ser inventariante e cabeça de casal, o conjuge que não tem *condominio* e *compossessio* nos bens do casal; e não tem *condominio* e *compossessio:*

1.º — O conjuge que casou, com contracto ante-nupcial de incommunicabilidade geral ou de separação completa dos bens ainda dos adquiridos;

2.º — O conjuge que, comquanto casasse segundo o costume do reino, esteve, todavia, separado *quoad thorum et co-habitationem,* isto é, com a separação de pessoa e bens; porque, se com a separação de pessoa e bens se não dissolve o matrimonio *quoad vinculum,* interrompe-se a sociedade conjugal, procede-se a inventario e partilhas, como se o casamento estivesse dissol-

[1] Sr. dr. Perdigão Malheiros, «Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda», § 328 n.º 2. — Aviso n.º 112 de 11 de outubro de 1845.

vido, e fica cada um administrando e dispondo dos seus bens como se não fossem casados. [1]

Não póde ser tambem cabeça de casal e inventariante, embora esteja na posse, o conjuge que não tem capacidade juridica, como quando é demente, ou prodigo julgado por sentença, porque sem taes requisitos não se póde, segundo a L., exercer funcções tão importantes.

Logo, a presença do conjuge sobrevivo não obsta á arrecadação com o agente consular, quando não tem condominio e compossessio, ou, tendo-o, não possue os requisitos indispensaveis exgidos pela lei

A presença do conjuge sobrevivente, como simples herdeiro legitimo, não impede que a arrecadação se faça pelo juizo orphanologico, visto não poder entrar na posse dos bens sem previa habilitação. [2]

Por conseguinte, a existencia, no logar da abertura da herança, do conjuge sobrevivo, como simples herdeiro legitimo, não deve tambem obstar á arrecadação com agente consular, quando seja caso d'ella, porque, realisando-se as hypotheses do art. 2.º do D. de 8 de novembro de 1851, a intervenção judicial é cumulativa com a do consul.

*

* *

O segundo caso negativo é *o de estar presente algum herdeiro, reconhecidamente tal, a quem compita ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventario e dar partilha.*

Examinemos:

E' regra geral estabelecida, na legislação de Portugal e do Brazil, para a successão:

Os descendentes excluem os ascendentes; os mais proximos de cada especie excluem os mais remotos, excepto o direito de representação dos descendentes; os da linha recta excluem os da transversal; os mais proximos d'esta linha excluem os mais remotos, excepto o direito de representação dos filhos dos irmãos.

---

[1] Sr. Coelho da Rocha, «Instituições do Direito Civil», tomo 1.º, pag. 163.— Cod. Civ. Port., artigo 1210.º e seguintes.

[2] Regulamento de 15 de junho de 1859, art. 8.º—Srs. Perdigão Malheiros, «Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda», § 328, n.º 4. — Azevedo Castro, «Livro de convenções consulares», pag. 373, nota n.º 109.

Successivel — quer dizer — susceptivel, capaz de succeder. Collateraes em grau successivel podem ser, desde os irmãos, que são parentes em segundo grau, até aos quartos primos, que são parentes no decimo grau, segundo o direito romano, adoptado pelo Cod. Civ. Port. e pela legislação do Brazil.

Applicando estes principios ao caso sujeito, comprehender-se-ha, facilmente, que, existindo no logar da abertura da herança, parentes collateraes successiveis, ou mesmo ascendentes ou descendentes em segundo grau pelo direito canonico, não se póde dizer que estão presentes herdeiros reconhecidamente taes, porque não ha certeza, se o são ou não; pois, póde o fallecido ter, na terra da naturalidade ou em outra parte, parentes mais proximos na mesma linha que lhes prefiram, ou descendentes ou ascendentes que os excluam.

Para consideral-os como herdeiros, é mister provar que o finado não deixou mais parentes que, pela qualidade de linha successoria, ou pelo grau de parentesco, não possam preteri-los.

Segue-se d'alli que, se o facto de alguem ser parente do fallecido na linha collateral não o torna parte illegitima para intervir no respectivo inventario, por isso que, na falta de descendentes e ascendentes e na carencia do testamento, os collateraes são herdeiros-legitimos; tambem a existencia de tal parente, no logar da abertura da herança, sem a competente habilitação, não é sufficiente, não dá certeza, para ser reputado como herdeiro, e menos o é para excluir a arrecadação com o agente consular.

Se, fallecendo um individuo na terra da sua naturalidade, onde é facil de verificar os factos e conhecer os parentes mais proximos do finado, póde, muitas vezes, haver duvidas sobre quem ha de succeder-lhe legitimamente, — como poderão as auctoridades judiciarias do Brazil e de Portugal saber quaes são os herdeiros que deixou um subdito portuguez, domiciliado e fallecido n'aquelle paiz, ou um subdito brazileiro, domiciliado e fallecido n'este? Como, sem a devida habilitação, poderão essas auctoridades deixar de proceder á arrecadação, conjuntamente com o agente consular, com a simples presença de primos, tios, sobrinhos, irmãos e até avós?

Verdade seja que o artigo 3.º do regulamento de 15 de junho de 1859 inclue, entre as pessoas cuja presença obsta á arrecadação dos bens pelo juiz orphanologico, os parentes collateraes até o segundo grau pelo direito canonico, como são *irmãos*, *sobrinhos*, *tios* e *primos*.

Mas aquella disposição indica apenas quaes as entidades, cuja presença obsta á arrecadação dos bens dos nacionaes ou estrangeiros pelo juizo orphanologico, e não designa os individuos, cuja presença impede

a arrecadação pela auctoridade territorial com intervenção consular. Esta designação é feita pelo artigo 2.º do D. de 8 de novembro de 1851.

Logo, o preceito do artigo 3.º do tal regulamento, que trata sómente da arrecadação dos bens de defunctos e ausentes, nacionaes, ou de estrangeiros com cuja nação o Brazil não tenha tratados ou não mantenha a reciprocidade, não póde servir de base para arrecadação dos bens dos portuguezes, com cuja nação o Brazil mantem a reciprocidade, feita ou por fazer, em conformidade do D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

Se o fallecido é nacional, podem as auctoridades judiciarias do logar indagar e verificar, facilmente, quaes são os herdeiros verdadeiramente legitimos que deixou; se não ha parentes mais proximos do que os primos, sobrinhos, tios, irmãos e avós que lhes prefiram. O mesmo não se dá, quando o finado é estrangeiro, hypothese em que, apparecendo no logar da herança ainda avós d'elle, as auctoridades locaes não teem a certeza de que elles sejam realmente herdeiros, nem tal certeza é facil de obter.

Nem os graus de parentesco dos herdeiros, de que trata o art. 2.º do D. de 8 de Novembro de 1851, podem ser contados pelo direito canonico, pois aquelle diploma tendo carater e indole d'um tratado internacional com relação a Portugal e ao Brazil, e a legislação de ambas estas nações seguindo para tal fim o direito romano, não se póde admittir para os effeitos do decreto citado outra fórma de contagem.

Dir-nos-hão, talvez, que o art. 2.º do D. de 8 de Novembro de 1851 não se refere á habilitação, mas tão sómente a herdeiros reconhecidamente taes. Mas o que se entende por herdeiros reconhecidamente taes?

Herdeiros reconhecidamente taes, ou individuos reconhecidamente herdeiros, são aquelles sobre cuja qualidade hereditaria não ha duvida, são os que não precisam de habilitar-se para evitar a arrecadação; e não carecem de habilitação para tal fim os parentes que, segundo a regra de successão legitima, não tem adeante de si nenhum outro mais graduado que os possa excluir; são herdeiros legitimarios ou necessarios nas referidas condições, descendentes ou ascendentes em 1.º grau, conforme tiver ou não filhos.

Por exemplo: se o finado tiver deixado, no logar da abertura de herança, filhos legitimos ou perfilhados, ou, não os tendo, se sobreviverem paes, em qualquer das duas hypotheses, os herdeiros não precisam de provar a sua qualidade hereditaria para, com a sua presença,

obstar á arrecadação, porque, segundo a lei, não ha parente mais proximo que lhes possa preferir: *são herdeiros reconhecidamente taes.*

Por conseguinte, às palavras *reconhecidamente taes* do art. 2.º do D. de 8 de Novembro de 1851, referindo-se aos herdeiros dos portuguezes que deixaram bens no Brazil e dos brazileiros em Portugal, não abrangem, não podem, não devem abranger mais do que os individuos, que, pelo seu grau de parentesco com o finado, não possam ter adiante de si outros que os excluam.

Todos os outros parentes, fóra d'aquellas hypotheses, serão herdeiros, mas não reconhecidamente taes, isto é, não da qualidade d'aquelles cuja presença, sem dependencia de habilitação, baste para impedir a arrecadação com o concurso do agente consular; terão de provar para tal fim a sua qualidade.

Isto não quer, porém, dizer que os ascendentes ou descendentes do 1.º grau, os filhos ou paes do finado, não careçam de habilitar-se devidamente para receber o espolio ou a herança arrecadada com intervenção do consul.

Nem nos referimos á tal hypothese, nem o artigo supra citado trata d'isso. Referimo-nos ás condições que é preciso que tenham os herdeiros do auctor da herança, á certeza ou probabilidade que offereçam pelo grau de parentesco, para, com a sua simples presença, obstarem á arrecadação.

Esta mesma doutrina, com relação aos herdeiros reconhecidamente taes, tivemos, como funccionario consular, occasião de sustentar em varios inventarios processados pelo juizo districtal do Rio Grande do Sul, e de ver sanccionada em recursos interpostos, como se póde verificar pelas peças d'um d'esses processos que vão transcriptas:

COPIA DO AGGRAVO

«Meretissimo Dr. Juiz de Comarca.

«Fundando-se no § 15 do art. 669.º do D. n.º 737 de 1850, o consulado de Portugal no Rio Grande do Sul interpôz em tempo, com o devido respeito, o presente aggravo de petição em conformidade do regulamento n.º 5467, art. 11.º do despacho de fl. 21 do m. Dr. Juiz districtal, pelo qual, sem attender á reclamação de fl. 14 e 15, man-

dou proseguir nos termos do inventario, por entender violadas as disposições do D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

«Denunciada a convenção luso-brazileira, estipulou-se, entre a legação de Portugal e o ministerio dos N. E. do Brazil, que as attribuições e immunidades dos respectivos funccionarios consulares seriam reguladas pelo principio de reciprocidade, estabelecido no regulamento approvado por D. n. 855 de 8 de Novembro de 1851.»

«Ratificando este ajuste, os Governos de Portugal e do Brazil determinaram por diplomas legaes que as disposições do referido decreto vigorassem nos respectivos paizes, e Portugal foi collocado, por circular do ministerio de justiça do Brazil de 29 de maio de 1884, entre as nações que mantem reciprocidade com aquelle paiz.

«Com relação, portanto, a Portugal e ao Brazil o citado regulamento é um convenio provisorio[1] internacional, cujas disposições não podem ser ampliadas, restringidas, ou por qualquer fórma modificadas senão por altas partes contractantes; é um diploma que regula actualmente a arrecadação das heranças dos subditos portuguezes fallecidos no Brazil e de brazileiros fallecidos em Portugal nas condições por elle indicadas.

«Conforme o art. 2.º do citado regulamento, a herança de um subdito portuguez no Brazil, ou d'um brazileiro em Portugal, deve ser arrecadada pelo juizo de defunctos e ausentes com intervenção consular sempre que, fallecendo um individuo *ab intestato*,

«1.º — não deixar conjuge na terra, ou
«2.º — herdeiros reconhecidamente taes, aos quaes conforme o direito pertença ficar em posse e cabeça do casal para proceder a inventario e dar partilha.

«Mas quaes são os herdeiros *reconhecidamente taes* a que se refere a citada lei? Serão parentes successiveis em qualquer grau? Não; herdeiros reconhecidamente taes são os que não precizam habilitar-se para provar a sua qualidade de successores legitimos, e não carecem de habilitação para tal fim sómente os parentes que, segundo os principios de successão legitima, não podem ter outros que os excluam; são os descendentes, se os tiver, ou os ascendentes. Estarão n'este caso os primos, tios, sobrinhos ou irmãos? Não, certamente, porque

[1] Hoje definitivo.

o finado póde ter deixado parentes na linha recta que, segundo a regra de successão, lhes prefiram.

«D'onde as palavras reconhecidamente taes empregadas no alludido decreto, referindo-se principalmente aos estrangeiros, não podem, não devem comprehender senão os herdeiros necessarios, forçados ou legitimarios; e como os parentes collateraes não entram n'esta classe de herdeiros, não podem ser considerados como taes, sem a previa habilitação.

«Estabelecidos estes principios legaes examinemos a hypothese dos autos.

«No dia 31 de julho ultimo falleceu n'esta cidade o subdito portuguez J. F. d'Almeida, que em tempo se inscreveu n'este consulado, sob o n.º 409, declarando manter a sua nacionalidade de origem, como se prova com a certidão junta — doc. n.º 1.

«A requerimento de Florido Pinto d'Almeida, que apenas allegára ter o finado deixado n'esta cidade 3 irmãos, sendo o requerente um d'elles, e dous em Portugal, se deu começo ao inventario considerando-se o mesmo requerente como cabeça de casal fl. 2 e seguintes, e tendo seguido os seus termos, quando o processo foi em vista para dizer sobre a avaliação, este consulado sobre o facto reclamou, pedindo para declarar sem effeito o processado e proceder-se á arrecadação fls. 14 e 15.

«Sobre esta reclamação, ouvido o inventariante, mandou o douto juiz *a quo* proseguir nos ulteriores do inventario fl. 16 até fl. 17.

«E' principio incontestavel que a ordem do processo é do direito publico, e não póde ser alterada, nem pelo arbitrio dos juizes, nem pela vontade das partes. O inventariante não destruio os fundamentos da reclamação do consulado; juntou uma procuração passada pelo finado em 1893 a Bento de Almeida Cruz, e uma declaração officiosa passada por A. José Garcia fls. 18 e 20. A procuração prova que o inventariante e outros são herdeiros do finado J. F. d'Almeida? Que valor tem em direito a declaração passada a fl. 20?

«Ora, o requerente e os outros individuos não se tendo habilitado e por conseguinte não estando provado que são herdeiros do fallecido Almeida, á hypothese dos autos são applicaveis as disposições supra invocadas, e a herança que elle deixou deve ser arrecadada pelo juizo dos ausentes, com intervenção do consulado de Portugal, sendo a elle confiada a guarda, administração e liquidação d'ella.

«Ao caso sujeito não póde ser applicada a doutrina do officio do meretissimo juiz da 3.ª Pretoria, invocado pelo inventariante, porque no espolio de que elle trata havia indicios de existir testamento e tinham-se

encontrado documentos com indicações, não só do estado civil do fallecido, mas ainda de herdeiros conhecidos — hypothese bem differente d'aquella que faz o assumpto dos autos.

«N'estes termos requer o consulado portuguez que tenha provimento o aggravo no sentido deduzido.—Consulado de Portugal no Rio Grande do Sul, 27 d'outubro de 1896.—*Luiz Leopoldo Flôres*, vice-consul chanceller.»

DESPACHO DO JUIZ *A QUO*

«Mantenho o despacho aggravado por julgal-o conforme o direito. — Rio Grande do Sul, 30 d'outubro de 1896. — *Eduardo Ernesto d'Araujo.*»

DESPACHO DO JUIZ DE COMARCA

«Vistos estes autos *et cætera*. A' vista do disposto no artigo 2.º do regulamento a que se refere o D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851, e artigo 4.º do regulamento n.º 2:433 de 15 de junho de 1859, dou provimento ao aggravo e mando que se proceda a arrecadação da herança do subdito portuguez José Francisco d'Almeida nos termos do citado artigo 2.º do regulamento n.º 855 de 8 de novembro de 1851, reformando assim o despacho do juiz *a quo*. — Custas pelo aggravado.— Santa Victoria, 17 de novembro de 1896.— *Joaquim Francisco d'Abreu Nétto.*»

*
* *

Mas, para obstar á arrecadação cumulativa, não basta sómente que haja presentes herdeiros *reconhecidamente taes;* é indispensavel que, pelo menos, um d'elles seja maior e capaz, porque, se todos forem menores, ou se um d'elles, sendo maior, não fôr capaz, não lhe pertence entrar na posse e cabeça de casal. Comquanto sejam herdeiros reconhecidamente taes, não teem, todavia, condições de capacidade juridica e requisitos exigidos pela lei para serem inventariantes.

Esta doutrina, que deriva das disposições do diploma de que estamos tratando, combinado com a lei geral, foi tambem consignada nas convenções luso-brazileiras de 4 de abril de 1863. [1]

---

[1] Artigo 13.º — Acto Interpretativo de 23 de maio de 1867, § 2.º n.º 2, de 25 de fevereiro de 1876, artigo 16.º, n.º 2.

Ora, se a presença dos herdeiros reconhecidamente taes não póde impedir a arrecadação cumulativa, quando nenhum d'elles tenha condições e requisitos exigidos pela lei para ser cabeça de casal, é claro que a presença d'um simples parente collateral, embora habilitado como um dos co-herdeiros, não póde, com mais razão, obstar á que a arrecadação se faça pelo juizo territorial com intervenção do agente consular, quando não tenha requisitos para ser cabeça de casal. O collateral, embora seja co herdeiro, não é *ipso facto* cabeça de casal.

Se o legislador não definiu com mais individuação os requisitos que devem reunir as pessoas, cuja presença impede a arrecadação pelo juizo territorial conjuntamente com o consul, foi porque taes requisitos estavam já designados na lei.

O terceiro caso negativo é, *o de haver presente herdeiro instituido, ou testamenteiro nomeado em testamento.*

Para evitar a arrecadação, com concurso do agente consular, não basta que haja presente herdeiro instituido de qualquer nacionalidade, é preciso que elle aceite a herança, porque, não aceitando a herança, não vale a disposição, é o mesmo que não haver herdeiro.

Para obstar á arrecadação, conjuntamente com o agente consular, não basta tambem que esteja presente o testamenteiro, é preciso que elle tenha sido nomeado pelo testador, seja capaz e aceite a testamentaria, porque, não sendo nomeado pelo testador, não sendo capaz, ou não aceitando o encargo, equivalem taes casos ao de não haver testamenteiro, ou ao de este não estar presente.

Mas, sendo menores ou incapazes os herdeiros presentes de nacionalidade portugueza, e estando ausente o testamenteiro, terá logar a intervenção consular?

Em regra, parece que deve haver a arrecadação com o agente consular, principalmente, quando taes menores sejam orphãos de paes, porque, não tendo, n'este caso, quem legalmente os represente, o consul deve ser o curador d'elles e dos bens que lhes ficarem. Esta é a doutrina da convenção luso-brazileira de 1876, e parece o é tambem do Regulamento de 15 de junho de 1859.

IV

Casos em que ha arrecadação pelo juizo territorial, sem intervenção do consul

O primeiro caso, em que não ha intervenção consular, é quando *o fallecido não seja estrangeiro, ou seja subdito de alguma nação, com quem o Brazil não tenha relações de reciprocidade.*

Nada mais justo, nada mais natural. Se o fallecido é nacional, é claro que a arrecadação dos bens deve pertencer exclusivamente á auctoridade local; todas as providencias a tomar sobre a herança são de exclusiva competencia d'ella; nada teem com isso os consules estrangeiros.

Se, pelo contrario, o fallecido é estrangeiro e pertence á alguma nação, que com o Brazil não tenha por ajuste estipulado o principio de reciprocidade, com relação á herança d'elle não póde ser tambem observado o D. de 8 de novembro de 1851, mas sim o de 15 de junho de 1859, como se fosse nacional, porque, nos termos do artigo 24.º do mesmo D. de 8 de novembro de 1851, as disposições d'elle terão vigor sómente a respeito dos agentes consulares e subditos d'uma nação que, em virtude do accordo, tiver aceito a reciprocidade com o Brazil.

Mas alguns juizes no Brazil, fundando-se n'este preceito e nos dos n.os 4.º e 5.º do artigo 69.º da constituição federal do seu paiz, querem que, antes de se proceder á arrecadação, os agentes consulares provem que o fallecido fizera na vida declaração de manter a nacionalidade de origem.

Effectivamente o n.º 4.º do artigo 69.º da constituição federal de 24 de fevereiro de 1891 diz: «São cidadãos brazileiros os estrangeiros que, *achando-se no Brazil aos 15 de novembro de 1889*, não declararem, dentro de seis mezes depois de entrar em vigor a constituição, *o animo de conservar a nacionalidade de origem*».

E o n.º 5.º accrescenta: «São egualmente cidadãos brazileiros os estrangeiros que possuirem bens immoveis no Brazil, e forem casados com brazileiras, com tanto que residam no Brazil, *salvo se manifestarem intenção de não mudarem de nacionalidade*».

Ora, a disposição do n.º 4.º, referindo-se unicamente aos estrangeiros que *aos 15 de novembro de 1889* estavam no Brazil, não póde

ser applicada aos que mais tarde forem para alli; tal preceito, não sendo de effeito permanente e extensivo, visto que se restringe aos estrangeiros *que na data por elle indicada* estavam no Brazil, não póde servir de fundamento para a exigencia da prova da declaração da parte do poder judicial, com relação aos estrangeiros que, tendo-se estabelecido no Brazil depois de 15 de novembro de 1889, vierem a fallecer n'aquelle paiz.

E o preceito do n.º 5.º, dizendo respeito unicamente aos estrangeiros que, residindo no Brazil, possuirem alli bens immoveis e forem casados com brazileiras, não póde ser extensivo aos estrangeiros que, tendo ido ao Brazil depois de 15 de novembro de 1889, não possuirem bens immoveis e não forem casados com brazileiras, nem aos que, possuindo bens immoveis, não forem casados com brazileiras, e finalmente nem áquelles que, sendo casados com brazileiras, não possuirem bens immoveis, e por conseguinte, com respeito aos estrangeiros em qualquer d'estas condições, não póde egualmente ter logar semelhante exigencia.

Mais. Nem o n.º 4.º nem o n.º 5.º indicam a fórma como se deve fazer a declaração exigida por aquelle, e a manifestação estabelecida n'este.

Dir-se-ha, talvez, que o governo brazileiro em avisos posteriores explicou que os individuos, que não quizessem aceitar aquelle privilegio, podiam assignar nas camaras da localidade, ou nos consulados da respectiva nação, declarações n'este sentido, prorogando successivamente o praso de 6 mezes primitivamente estabelecido.

Mas qual é o paiz, cuja legislação exclue da classe dos seus cidadãos os nacionaes, pelo facto de, residindo muitos annos no Brazil e não tendo alli exercido direitos politicos, não terem feito taes declarações?

As leis de todos os povos civilisados dão attribuições aos respectivos governos para conceder, parcial ou geralmente, aos estrangeiros residentes no seu paiz fóros de cidadãos da respectiva sociedade politica ou civil, quando elles o queiram; mas não lhes impõe tal qualidade contra a sua vontade.

Similhante imposição seria, não só um absurdo, uma violencia, mas uma tyrannia condemnada pelos principios de justiça universal. *Invito beneficium non datur.*

Porventura, para manter e conservar a nacionalidade primitiva, a nacionalidade de origem, será mister declarar, será preciso manifestar a intenção, e para mudar d'ella, para passar a outra nacionalidade bastará só o silencio, que póde provir de desleixo, de desconhecimento e de ignorancia? O silencio não póde servir de base para tal fim, o

silencio não póde supprir o que é tão essencial para os contractos — *o consenso claramente manifestado.*

A naturalisação é um acto de grande magnitude, é um contracto pelo qual um individuo, repudiando a sociedade a que pertence, entra n'outra extranha, adquire direitos e contrahe obrigações, e não póde ser conferida sem consenso, sem manifestação da vontade do naturalisando. Isto seria favorecer o que em direito se chama *vadiagem internacional.*

Dous são os principios pelos quaes se póde estabelecer a nacionalidade d'um individuo — o principio pessoal ou o principio territorial, a filiação ou o logar de nascimento, *lex origines* ou *lex solis.* Ora, não podendo nenhum d'estes dous principios ser applicado aos estrangeiros, em que se fundou então a qualidade de nacionaes que a constituição do Brazil lhes quiz attribuir, quando, residindo aos 15 de novembro de 1889 no territorio da grande Republica, ou residindo e possuindo alli bens e sendo casados com brazileiras, não declarasssem, dentro de certo periodo, que mantinham a nacionalidade primitiva, ou não manifestassem a intenção de a conservar?

Se os Estados independentes teem o direito de estabelecer, como lhes approuver, a nacionalidade dos que nascem e vivem no seu paiz, não teem egual direito, com relação aos que não nasceram no seu territorio, não provieram dos seus nacionaes, e vivem alli apenas trabalhando em commercio, industria e agricultura.

A naturalisação deve ser pedida, não póde ser imposta.

Não, a melhor fórma de um estrangeiro conservar a sua nacionalidade de origem, o melhor modo de manifestar a intenção de não mudar d'ella, é não aceitar nenhum cargo publico, é não exercer direitos politicos de cidadão brazileiro, é não se envolver em questões ou negocios politicos que tendam a regular o modo de ser da respectiva sociedade.

Não, as disposições invocadas não podem ser imperativas, serão facultativas, e tanto isto parece ser assim que, quando as Legações de quasi todos os paizes, estabelecidas junto do governo federal do Brazil, protestaram em nome dos seus governos contra esses preceitos da Constituição — o mesmo governo declarou que seriam attendidas as reclamações de todos os estrangeiros residentes no Brazil, que, não tendo feito ou assignado taes declarações, não tivessem tambem exercido alli direitos politicos de cidadãos brazileiros, ou não tivessem desempenhado algum cargo do qual pudesse inferir-se que haviam acceitado implicitamente o privilegio concedido pela lei de grande naturalisação.

Taes são as notas que em tempo se trocaram sobre o assumpto, entre a legação de Portugal e o ministerio das relações exteriores do Brazil.

Memorandum do Governo Portuguez

Em data de 15 de dezembro de 1889 o Governo Provisorio do Brazil publicou um decreto, cujas principaes disposições estão contidas nos dous primeiros artigos, nos seguintes termos:

1.º Todo o estrangeiro residente no Brazil depois de 15 de novembro de 1889 será considerado cidadão brazileiro, a não ser que no praso de 6 mezes, a contar da publicação d'este decreto, faça uma declaração em contrario perante a auctoridade municipal competente;

2.º Todo o estrangeiro residente no Brazil mais de 2 annos, a contar da data deste D., será considerado cidadão brazileiro, excepto se renunciar a esse direito por uma declaração expressa nos termos do artigo 1.º

Considerando que este decreto, restringe a liberdade individual, é contrario aos principios geralmente adoptados do direito internacional e prejudica os interesses dos estrangeiros residentes no Brazil;

Considerando, outrosim, que ao D. em questão falta base juridica, porque procura estabelecer, fundando-se no silencio do cidadão estrangeiro, uma presumpção gratuita da vontade d'este em escolher a nacionalidade brazileira; o Governo de S. M. Fidelissima protesta contra o mencionado decreto e pede a sua revogação ao Governo Provisorio do Brazil, ou pelo menos que o modifique no sentido de poderem os estrangeiros residentes no Brazil declarar perante a auctoridade competente a sua vontade de adquirir a nacionalidade brazileira, mas que não sejam de fórma alguma obrigados a fazer qualquer declaração quando quizerem guardar a sua nacionalidade de origem.

O governo de S. M. F. espera que o Governo Provisorio do Brazil examinará seriamente as considerações expostas e reconhecerá a sua justiça por novas disposições. Mas se o Governo Provisorio do Brazil está dicidido a não reconhecer, o Governo de S. M. F. vê-se na necessidade de declarar desde já que, pelo que lhe diz respeito, considerará o D. de 15 de dezembro *como nullo e não reconhecido e que conformará a sua conducta com os principios de direito internacional* e com os interesses dos seus subditos. — 22 de maio de 1890.

N. B. — Identico memorandum foi dirigido pelos Governos de Hespanha, Italia, Gran-Bretanha e Austria-Hungria.

Contra-memorandum de 2 de agosto de 1890 do Governo Brazileiro

O D. de 15 de dezembro de 1889 offerece aos estrangeiros a nacionalidade brazileira e estabelece o modo de acceital-a.

A 1.ª disposição não fere direito algum. A naturalisação é materia regulada nas leis de todos os paizes civilisados, os quaes assim se declaram competentes em virtude da sua soberania. As disposições relativas á acceitação tambem não offendem os direitos dos estrangeiros. O silencio tem sido admittido como prova.

Segundo o Cod. Civ. de Portugal, todo o individuo alli nascido de pae estrangeiro póde adoptar a nacionalidade d'este; mas se abstem de declarar que não quer ser portuguez, é considerado portuguez. [1]

O Cod. Civ. italiano contém disposição similhante. A L. ingleza de 1870 que admitte a co-existencia de duas nacionalidades na mesma pessôa, exige que o subdito da Rainha naturalisado em paiz estrangeiro, se quer conservar a sua nacionalidade de origem, faça n'esse sentido uma declaração em praso determinado. Se elle a não fez deixa de ser subdito britannico.

De conformidade com o D. hespanhol de 17 de novembrode 1852, é estrangeiro o individuo nascido em territorio hespanhol de paes estrangeiros ou de pae estrangeiro e mãe hespanhola, se não reclama a nacionalidade de Hespanha.

Ahi estão quatro casos em que o silencio do interessado determina a sua nacionalidade de modo obrigatorio.

---

[1] A hypothese citada não tem applicação ao caso. O Cod. Civ. Portuguez como a legislação de todos os povos da Europa, estabelecem a nacionalidade dos que nascem e vivem nos seus paizes, reconhecendo-lhes ao mesmo tempo a faculdade de opção, para o que uns se fundam na *lex solis* e outros na *lex originis*, e, quando não se usar de opção, admittem o silencio como fundamento de fixação de nacionalidade. Este systema de qualificação de nacionalidade provém do direito que os paizes independentes teem, com respeito aos que nascem e vivem nos respectivos territorios, e não se estende aos individuos que são estrangeiros. Ora a reclamação do governo portuguez como dos outros governos não versou sobre a nacionalidade que a constituição do Brazil impoz aos que nascem e vivem ali, mas sobre a naturalisação *sui generis* que estabeleceu, pretendendo por meio d'ella attribuir aos estrangeiros a nacionalidade de seu paiz pelo facto de se calarem. O silencio, na parte do Cod. Civ. Port. citado e da legislação de outros paizes, tem razão de ser. O silencio, na parte da Constituição do Brazil, sobre a qual houve reclamação, não tem base para servir de fundamento.

O decreto brazileiro *não impoz a nacionalidade e o Governo já tem facilitado a sua execução. Fez constar que toda a reclamação apresentada por via diplomatica ou consular será favoravelmente acolhida, se o reclamante não tiver gozado dos direitos concedidos;* permitte que as declarações exigidas no referido decreto sejam feitas não sómente perante o secretario da camara ou Intendencia municipal, mas tambem perante o escrivão de qualquer delegacia ou subdelegacia de policia, ou ainda perante qualquer agente diplomatico ou consular da respectiva nação; prorogou até 31 de dezembro do corrente anno o praso marcado para aquellas declarações e por fim na constituição que acaba de publicar ainda o augmentou, concedendo mais 6 mezes, contados da data em que a mesma constituição entrar em vigor.

D'estas considerações resulta:

1.º que o Governo provisorio usou de seu direito e não abusou d'elle;

2.º que, *não impondo a sua nacionalidade aos estrangeiros residentes no territorio da Republica, não lhes offende direito algum, nem lhes causa o menor prejuizo;*

3.º que o protesto do Governo portuguez é infundado;

4.º que a exigencia de revogação ou modificação do decreto é contrario á soberania e dignidade do Brazil.

Por consequencia o Governo do Brazil é obrigado a não annuir a essa exigencia.

N. B. — *Mutatis mutandis* ás legações da Italia, Hespanha e Gran-Bretanha.

2.º Memorandum do Governo Portuguez

O Governo de S. M. F., tendo recebido o *contra-memorandum* do Governo provisorio do Brazil ácerca do D. de 14 de dezembro de 1889 relativo a naturalisação dos estrangeiros, não póde deixar de fazer algumas observações á doutrina d'aquelle documento; e, agradecendo ao Governo do Brazil às facilidades propostas para a execução d'aquelle decreto, mantem comtudo a esperança de que esse Governo, reconsiderando sobre a sua decisão, satisfará as justas reclamações do Governo de Sua Magestade.

Não contesta o Governo de S. M. o direito soberano, que assiste a cada paiz, de regular as questões de naturalisação no seu territorio. Mas esse direito acha-se naturalmente limitado pela necessidade que, no seu convivio das nações civilisadas, se impõe a todos os Estados de respeitar os justos interesses dos outros Estados. Ora o D. de 14 de dezembro de 1889, dadas as condições especiaes da emigração

portugueza para os Estados Unidos do Brazil, affecta gravemente os justos interesses de Portugal, e vae originar constantes e insoluveis conflictos, que o Governo de S. M., no seu sincero empenho de não ver alteradas, nem de leve, as bôas relações que mantem com o Governo Provisorio, deseja vivamente prevenir.

No seu *contra-memorandum*, allega o Governo Provisorio que em questões de nacionalidade o silencio tem sido admittido como prova, e cita as disposições do Cod. Civ. Port. a este respeito. A differença, porém, entre as disposições da lei portugueza e o decreto do Governo Provisorio é essencial. A lei portugueza presuppõe o principio absoluto, geralmente aceito, de que são portuguezes os individuos nascidos no reino, e ao mesmo tempo confere aos filhos de paes estrangeiros a faculdade de reivindicarem a nacionalidade paterna. O silencio n'este caso dá, por conseguinte, logar a uma presumpção natural, fundada no principio de que a nacionalidade é determinada pelo logar de nascimento.

A presumpção estabelecida no decreto do Governo provisorio é inteiramente diversa da *que existe na lei portugueza*, pois a residencia durante dois annos não póde ser indicio de que um individuo deseja abandonar a sua nacionalidade de origem para tomar a nacionalidade do paiz onde reside.

No caso da lei Portugueza, impõe-se a nacionalidade portugueza aos individuos que nascem no reino, isto é, entre os dois principios que ordinariamente regem a nacionalidade dos individuos — a nacionalidade dos paes e o logar do nascimento — a lei portugueza dá a preponderancia ao ultimo. Concede, porém, aos paes, tutores e aos proprios individuos, quando attingem a maioridade, a faculdade de adoptarem o outro principio, respeitando assim até ao extremo possivel a vontade individual no que respeita a nacionalidade. O decreto brazileiro, fundando-se n'uma presumpção pouco verosimil, attribue a nacionalidade brazileira aos estrangeiros, logo que tenham residido dois annos nos Estados Unidos do Brazil, exigindo uma declaração expressa para que elles conservem a nacionalidade de origem.

Ora tudo — os factos como os principios — leva a suppôr que nenhum individuo quer renunciar á sua nacionalidade de origem emquanto não tiver praticado um acto positivo n'esse sentido.

A differença entre o decreto do Governo provisorio e a lei portugueza invocada, como exemplo, é, pois, fundamental.

Finalmente o Governo de S. M., que ainda ha pouco tempo teve occasião de dar aos Estados Unidos do Brazil uma prova de sua amisade e de seu respeito pelos direitos soberanos d'essa Nação, não póde

deixar de manifestar ao Governo Provisorio que, insistindo na sua reclamação, está plenamente convencido de que ella, pelas justas razões em que se basea, não póde sequer melindrar a dignidade d'um paiz com quem se preza de manter as mais intimas e cordeaes relações. — 31 de janeiro de 1891.

Nota da Legação Portugueza ao Governo do Brazil de 11 d'agosto de 1891

Ill.mo e Ex.mo Sr. — O abaixo assignado, em nome do Governo que representa, lamentando que o Governo da Republica não se tenha dignado ainda responder ao segundo *memorandum* entregue em 31 de janeiro sobre o assumpto de grande naturalisação; e achando-se quasi a findar o praso marcado pela constituição federal da Republica para que a determinação a tal respeito tenha execução, tem a honra de fazer sentir a S. E. o Sr. Dr. Justo Leite Pereira Chermont, Ministro das Relações Exteriores, que espera que o illustrado Governo da Republica, antes d'esta data final tome qualquer resolução em que não sejam prejudicados os subditos d'El-Rei de Portugal que por ignorancia ou mesmo por descuido, não hajam feito ainda as devidas declarações de conservarem a nacionalidade portugueza.

Aproveita o abaixo assignado esta occasião para reiterar a S. E.º o Sr. Dr. Justo Leite Pereira Chermont os protestos da mais alta consideração.

C. de Paço d'Arcos.

Nota do Governo Brazileiro á Legação Portugueza de 17 d'agosto de 1891

Quando o Sr. Dr. Garcia da Rosa transmittiu ao ministerio, ora a meu cargo, o *memorandum* a que o Sr. Conde de Paço d'Arcos, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de S. M. Fidelissima, se refere na sua nota de 11 do corrente, discutia o Congresso a Lei fundamental e já em duas discussões tinha votado a naturalisação nos termos do respectivo Decreto Provisorio. Assim este, ainda que se achasse disposto a fazer novas concessões, não poderia effectual-as sem assumir faculdade que já não tinha. Cumpria-lhe aguardar a resolução do Poder competente.

A constituição, como o congresso a votou e mandou cumprir, dis-

põe o que dispunha o decreto e marca praso para as declarações. Ficou, portanto, resolvida a questão.

O segundo *memorandum* do Governo Portuguez mantinha a sua reclamação. D'isso ficou sciente o Governo Brazileiro sem se julgar obrigado a prolongar a discussão.

Agora estando a expirar o praso marcado pela constituição pede o Sr. Conde que se tome qualquer resolução para que não sejam prejudicados os subditos portuguezes que por ignorancia ou descuido não tenham feito as devidas declarações.

Respondendo a esse seu pedido, devo dizer em cumprimento de ordem do Sr. Presidente da Republica, que nenhuma providencia lhe é possivel tomar alem das que foram dadas em tempo e ainda lhe parecem sufficientes.

Tenho a honra de reiterar ao Sr. Ministro as seguranças da minha alta constderação.

Ao Sr. C. de Paço d'Arcos.

Justo Chermont.

Nota da Legação Portugueza ao Governo brazileiro de 26 de janeiro de 1893

A Sua Excellencia o Sr. Ministro das Relações exteriores da Republica dos Estados Unidos do Brazil tem o abaixo assignado, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de S. M. F., a honra de expôr o seguinte:

No Diario official de 18 do corrente vem publicado um aviso do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores, dirigido a esse das Relações Exteriores, para que o possa communicar á Legação de Inglaterra, em que se lê:

a) A nacionalidade na Republica é regulada pela constituição Federal, artigo 69.º et cætera.

Ainda que esse aviso tenha sido feito com o fim de ser communicado a outra Legação, como elle vem publicado e diz respeito a um assumpto de interesse geral de todas as nações, o abaixo assignado, em nome do seu Governo, vê-se com pezar forçado a lembrar a S. Ex.ª que:

a) O Governo de Portugal, em seus *memoranduns* apresentados em notas de 22 de maio de 1890 e de 31 de janeiro de 1891, protestou contra a doutrina do Dec. do Governo Provisorio da Republica de 14

de dezembro de 1889, do qual o citado artigo da Constituição é sómente a reproducção

b) O Governo de Portugal, mantendo as declarações formuladas então, lamenta profundamente que o Governo Brazileiro não tenha até agora mostrado desejos de prevenir os constantes e insoluveis conflictos a que dá origem a doutrina que pretende sustentar, a qual contraría por egual os principios universalmente aceitos sobre a materia e os deveres nascidos do convivio das nações civilisadas

c) O Governo de Portugal, tendo no mais alto apreço as intimas e cordeaes relações que felizmente existem entre os dois paizes e que nem de leve deseja ver alteradas, espera por isso mesmo que o illustrado Governo que se acha agora á testa da administração da Republica se digne de reconsiderar a doutrina expressa n'esse ponto da Constituição, para evitar as desagradaveis consequencias que da mesma podem provir.

Aproveitando esta occasião, o abaixo assignado apresenta mais uma vez a S. Ex.ª o Sr. Ministro das Relações Exteriores os protestos da sua maior consideração.

A S. Ex.ª o Sr. A. F. de Paula e Sousa.

Conde de Paço d'Arcos.

Nota do Governo Brazileiro á Legação Portugueza de 4 de fevereiro de 1893

Tenho presente a nota n.º 7, que o Sr. Conde de Paço d'Arcos, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de S. M. F., dirigiu-me em 26 do mez passado, e na qual, transcrevendo um trecho d'um aviso publicado no *Diario official* de 18 do mesmo mez e anno, e expedido a este Ministerio pelo de Justiça para ser communicado á Legação britannica, lembra o protesto apresentado pelo seu Governo nos *memoranduns* que acompanharam as notas de 22 de maio de 1890 e 31 de janeiro de 1891 contra a doutrina do decreto do Governo Provisorio de 14 de dezembro de 1889, do qual o artigo 69.º da Constituição, citado no mencionado aviso, é sómente reproducção. Accrescenta o Sr. Ministro que o seu Governo, mantendo as declarações então formuladas, lamenta que o do Brazil não tenha até agora mostrado desejos de prevenir os constantes e insoluveis conflictos a que dá origem a mesma doutrina.

O *contra-memorandum* que acompanhou a nota n.º 56 de 2 de

agosto de 1890, indicou as concessões feitas pelo Governo Brazileiro para facilitar a execução do referido decreto, entre as quaes o *acolhimento favoravel que teria toda a reclamação apresentada a esse respeito por via diplomatica ou consular, se o reclamante não tivesse gosado dos direitos outhorgados.*

Ao que então foi dito nada mais tem o Governo federal a accrescentar; é pois em nome do Sr. Vice-Presidente da Republica, a cuja apreciação submetti o assumpto, declaro ao Sr. Ministro que nenhuma providencia é possivel tomar no sentido do desejo manifestado na referida nota, visto ser de alçada do Poder Legislativo qualquer modificação no nosso pacto fundamental.

Tenho a honra de reiterar ao Sr. Conde as seguranças de minha alta consideração.

Ao Sr. Conde de Paço d'Arcos.

A. F. Paula Souza.

Parece-nos, portanto, que os estrangeiros residentes no Brazil, não tendo alli exercido nenhum acto pelo qual se possa dizer que acceitaram a grande naturalisação, pelo facto de não terem assignado perante as camaras ou perante os consulados da sua nação qualquer declaração — não perdem a sua nacionalidade de origem, a qualidade de cidadãos do seu paiz.

Além d'isso, ha casos em que é quasi impossivel provar, antecipadamente, que o auctor da herança assignou declaração de nacionalidade d'origem.

Se os estrangeiros residentes n'um estado do Brazil, onde em tempo fizeram as suas declarações perante a respectiva camara ou consulado da sua nação, vierem a fallecer n'outro estado para onde mudaram a residencia, como é possivel exhibir-se préviamente tal prova?

Por ventura o respectivo consul n'um logar póde logo obter certidão de que o finado fizéra a declaração n'outro? E por tal facto, havendo impossibilidade obvia de exhibir préviamente a prova, ha de deixar de proceder-se á arrecadação com concurso do agente consular, ou ha de addiar-se tal diligencia, podendo d'alli resultar prejuizos aos herdeiros ausentes?

Por estes fundamentos entendemos que as auctoridades judiciarias do Brazil não devem, préviamente, exigir prova de que o fallecido fez a alludida declaração, embora esteja incluido nos n.os 4.º e 5.º do artigo 69.º da Constituição federal, nem, por não exhibir-se similhante documento, devem deixar de proceder á arrecada-

ção conjuntamente com o agente consular, quando seja caso d'ella e o fallecido seja realmente de origem e nascimento estrangeiro, verificando-se especialmente as hypotheses supra mencionadas, salvo, é escusado accrescentar, se houver prova de que o fallecido, sendo de origem estrangeira, acceitára ou adquirira a qualidade de cidadão brazileiro, por acceitar a grande naturalisação, ou por qualquer outra fórma.

*
* *

O segundo caso, em que não ha intervenção consular, é *quando, entre os herdeiros reconhecidamente taes, houver algum cidadão brazileiro embora esteja ausente.*

Não nos parece justa esta excepção; o D. de 8 de novembro de 1851, tendo tomado por base tanto a nacionalidade do finado como a dos seus herdeiros, e as circumstancias peculiares d'estes, para commetter aos consules da respectiva nação certas attribuições para intervirem na arrecadação da herança dos seus nacionaes, não devia, pelo simples facto de haver entre os herdeiros um cidadão brazileiro ainda que ausente, denegar-lhes tal intervenção; mas tão terminante é a disposição, que não padece duvida — *Dura lex, sed lex.*

Mas que especie de herdeiros são esses, que á qualidade de herdeiros reconhecidamente taes d'um subdito portuguez, domiciliado e fallecido no Brazil, reunam ao mesmo tempo a de cidadãos brazileiros?

Podem ser netos, filhos do filho, que, tendo nascido no Brazil, sejam cidadãos d'este paiz, ou filhos da filha casada com um brazileiro; podem tambem ser filhos do proprio finado, nascidos no Brazil; mas, n'este caso, é necessario que sejam maiores ou emancipados e não tenham optado, segundo a lei portugueza, pela nacionalidade de seu pae.

É preciso que tenham 21 annos ou sejam emancipados, porque os filhos de pae portuguez, nascidos no Brazil, seguem, durante a menoridade, o estatuto pessoal de seu progenitor, a nacionalidade d'elle.[1]

É preciso que não tenham optado pela nacionalidade de seus paes, porque, segundo a legislação portugueza, tendo elles o direito preexistente, *jure sanguinis*, podem adquiril-o ou tornal-o effectivo por meio d'uma das duas formalidades prescriptas — *mudando domicilio*

[1] L. brazileira n.º 1096 de 10 de setembro de 1860.

para o Reino; ou declarando perante os consulados portuguezes que querem ser portuguezes — e são n'este caso cidadãos portuguezes.[1]

Que a este facto não se oppõe nem podia oppôr-se a Constituição federal do Brazil — que a citada L. de 10 de setembro interpretou e explicou a disposição do n.º 1 do artigo 6.º da antiga Constituição do Brazil, e que este preceito tendo sido trasladado para a nova Constituição, a interpretação dada para a primeira não póde deixar de dar-se para a segunda — que a mesma L. de 1860 podia modificar ou explicar o preceito da Constituição e que ella não foi revogada, já tivemos occasião de demonstrar no opusculo que publicámos sob o titulo — «*A nacionalidade dos filhos de pae portuguez, nascidos no Brazil.*»

*

* *

Fundando-se na antiga constituição (monarchica), consta-nos que alguns juizes de orphãos e ausentes no Brazil contestavam a intervenção do agente consular, na arrecadação da herança dos seus nacionaes que deixassem filhos menores nascidos n'aquelle paiz, pelo fundamento de serem taes filhos cidadãos brazileiros, e a disposição da mencionada L. de 10 de setembro de 1860 ser facultativa.

Mas aquella lei não dá aos juizes a faculdade de conferirem ou denegarem aos que nascem no Brazil de pae estrangeiro o estado civil, ou a nacionalidade de seus paes. Não podem os juizes dar á mesma lei interpretação contraria á que lhe deu o governo brazileiro.

Para comprehender bem o sentido e o alcance d'esta lei basta recorrer á discussão havida no parlamento brazileiro, a proposito da convenção luso-brazileira de 1876, e á interpretação que a ella deu o governo, por intermedio do Sr. Barão de Cotegipe, então presidente do Conselho e ministro dos Negocios Estrangeiros.

Disse elle na sessão de 8 de setembro de 1876:

«O principio adoptado não sómente pelas convenções, mas pela pratica das nações civilisadas e admittido pelo direito das gentes, é que o filho segue a condição e estado civil do pae; que o consul, se o ha, é protector nato e official d'esses individuos que alli habitam e, quando morrem, de seus filhos; que a arrecadação dos bens do estrangeiro é confiada ao seu consul, salvo havendo convenção em coutrario, ou dando-se reciprocidade no paiz do fallecido. Por notas, por accôrdos

[1] Cod. Civ. Port., art. 18.º, n.º 3, § 1.º

sem terem a solemnidade d'um tratado ou d'uma convenção, mesmo por leis e regulamentos internos, os Estados teem feito taes concessões.»

Na sessão de 17 d'aquelle mez e anno, o mesmo estadista exprimiu-se assim:

«Se ha o que possa e deva ser censurado, quando se trata do estado civil dos filhos dos estrangeiros nascidos no Brazil, referir-se-ha á L. de 1860, mas nunca ás convenções que reconheceram e executaram aquella lei.

«A lei, tendo sido proposta em consequencia de serios conflictos com diversas nações estrangeiras, declara que o filho de pae portuguez, nascido no Brazil, seguirá o estado civil de seu pae.

«Emquanto não chega á maioridade não póde entrar na posse e exercicio dos direitos de cidadão brazileiro, ou optar, como querem alguns que se pratique.

«A consequencia d'esta lei, na minha opinião, é dar arbitrio ao brazileiro, que chega á maioridade, de declarar se pertence ou não á nacionalidade de seu pae, como se observa em outras nações que teem a mesma disposição, como Portugal e a França no seu Codigo Civil.

«Em uma das bases que me foram dadas como instrucções para a negociação das convenções, tratando-se da auctorisação que devem ter os consules, diz-se que uma d'ellas consistiria em ser *elle* competente para administrar e liquidar as successões dos subditos da sua nação, ainda quando os herdeiros sejam *menores*, *nascidos no Brazil* ou *incapazes*, em reciprocidade da faculdade que teem os consules brazileiros nos paizes em que exercem jurisdicção de administrar e liquidar as successões em identicas circumstancias.»

Na sessão de 18 do referido mez e anno, acrescentou aquelle estadista:

«Reconhecido que o filho, durante a sua menoridade, segue o estado civil de seu pae, a consequencia logica e infallivel é que, em relação á sua pessoa e aos seus bens, ha de ser regido como se fosse estrangeiro, porque seu pae era estrangeiro. A representação d'esses direitos resultantes da nacionalidade do pae é que se attribue ao consul.»

A proposito d'aquella lei disse, na mesma occasião, um outro distincto jurisconsulto brazileiro, o douto Marquez de S. Vicente:

«Em vez d'aquella resolução (L. de 1860) dever-se-hia ter adoptado uma lei justa e franca; nada de idéas mesquinhas ou egoistas; não é por alli que as nações conquistam nobremente sua população, riqueza e poder. Patria é a realidade de vinculos moraes, das affeições que

geram o patriotismo e produzem os gloriosos sacrificios e não a terra ou vinculos materiaes involuntarios e coactos. E' preciso olvidar o que é a patria para querer ter compatriotas que a desdenham ou depreciam.

«Hoje que não póde dominar senão o principio intelligente da soberania, da liberdade de associação politica dos direitos do homem, este não póde mais ser fructo da terra em que nasceu, esta é o accessorio, elle a entidade principal.

«E' sem duvida generoso e politico, dar aos filhos dos estrangeiros nascidos na terra dos brazileiros os direitos de cidadão nato, quando, chegando á maioridade, declararem que amam a sociedade a quem essa terra pertencer, mas evidentemente não é generoso impôr isso contra sua vontade. Como já notámos, este assumpto não constitue questão só do Codigo Civil ou politico, não basta mostral-o ás nações estrangeiras para que ellas se resignem: é questão do direito internacional; no caso d'uma lucta não iremos combater armados com os volumes das leis civis. Um tal principio só póde prevalecer por força de retorsão.»

D'esta mesma opinião são tambem outros jurisconsultos brazileiros, como os Srs. José Antonio Pimenta Bueno e Perdigão Malheiros.

Segue-se do que fica exposto, que os filhos menores dos subditos portuguezes, embora nascidos no Brazil, não ficam comprehendidos no segundo caso em que não ha intervenção consular, isto é, na disposição da ultima parte do artigo 2.º do alludido decreto, e, por conseguinte, a presença d'elles não exclue a intervènção consular, porque, segundo a lei brazileira, seguem a nacionalidade do seu progenitor.

E, se os filhos de portuguezes nascidos no Brazil, sendo menores, não excluem a intervenção consular, é claro que, com mais razão, não podem excluir tal intervenção os que, sendo menores, por seus paes ou tutores tenham declarado perante os consulados da nação portugueza que querem ser portuguezes; porque, n'este caso, elles gozam de direitos civis e estão aptos, assim que cheguem á maioridade ou sejam emancipados, a gozarem dos direitos politicos de cidadãos portuguezes.

Não ha duvida, que todos os paizes independentes teem o direito de regular, como lhes parecer, a nacionalidade dos que nascem e vivem no seu territorio; mas os Estados, embora independentes em principio, contrahem, em consequencia das multiplas relações que entre elles se dão, mutuas obrigações a que não podem faltar sem infracção dos principios do direito das gentes.

O direito de opção, entre a nacionalidade pessoal e a nacionali-

dade territorial, está reconhecido na legislação internacional europêa. Quasi todos os paizes nos seus codigos adoptam o Principio de *lex originis:* as unicas nações da Europa que impunham a nacionalidade territorial aos filhos de estrangeiros, que nascem e vivem no seu territorio, eram Portugal e a Inglaterra; mas Portugal no seu Codigo Civil, e a Inglaterra na lei de 13 de maio de 1876, concederam-lhes tambem a faculdade de opção.

*
* *

O terceiro caso, em que não ha intervenção consular, é *quando a fallecida, posto que estrangeira de origem e nascimento, fôr viuva de cidadão brazileiro e não tiver recobrado a sua nacionalidade primitiva.*

Effectivamente, segundo a legislação de Portugal e do Brazil, a mulher segue a condição do marido — Cod. Civ. Port., art.º 18.º n.º 6, L. brazileira, n.º 1096, de 10 de setembro de 1860. O artigo 2.º d'este ultimo diploma diz assim:

«A estrangeira que casar com cidadão brazileiro seguirá a condição do marido, e similhantemente a brazileira que casar com estrangeiro seguirá a condição d'este. Se a brazileira enviuvar, recobrará a sua condição brazileira, uma *vez que declare que quer ficar domiciliada no imperio.*»

Por conseguinte, não padece duvida que, fallecendo no Brazil uma portugueza, viuva d'um brazileiro, não ha intervenção do consul, embora se deem as hypotheses estabelecidas no artigo 2.º do referido decreto, porque ella segue a condição do marido, isto é, a nacionalidade d'elle. [1]

Mas o caso muda de figura, quando ella, antes de morrer, tenha recobrado a sua nacionalidade primitiva em conformidade do mesmo Cod. Civ. Port., art. 22.º, n.º 4, porque então passa a ser novamente portugueza, da mesma fórma como a brazileira, viuva de portuguez, passa a ser brazileira recobrando com o cumprimento do preceito da lei a sua nacionalidade primitiva, isto é, fazendo a declaração perante a camara unicipal do domicilio, nos termos do D. n.º 3:509 de 6 de setembro de 1865.

*
* *

O quarto caso, em que não ha intervenção consular, é *quando a fallecida, sendo brazileira de origem e viuva d'um portuguez, tiver recobrado a sua nacionalidade primitiva.*

[1] Aviso n.º 147 do Ministerio da Fazenda, de 17 d'abril de 1856.

Como tivemos occasião de ver, a ultima parte da L. n.º 1096 de 10 de setembro de 1860 permitte a uma brazileira, viuva d'um estrangeiro, recobrar a sua nacionalidade primitiva declarando que quer ficar domiciliada no Brazil. E' claro, portanto, que, cumprida esta formalidade, fica ella equiparada a uma nacional e por conseguinte nada tem que ver com a arrecadação o consul da nação do marido.

Mas, como consequencia do principio de reciprocidade estabelecido no citado D. de 8 de novembro de 1851, resulta que, fallecendo no Brazil uma brazileira de origem, viuva de portuguez, que antes da sua morte não tivesse recobrado por meios estabelecidos na lei a sua primitiva nacionalidade, e, dando-se as hypotheses previstas no ajuste entre Portugal e o Brazil, deve ter logar a intervenção consular.

V

Do que fica expendido nas secções precedentes facil é concluir: que sempre que fallecer um subdito portuguez, seja ou não domiciliado no Brazil, mas que alli possua bens, ou um brazileiro nas mesmas condições, sem deixar presentes no logar da herança conjuge ou herdeiros reconhecidamente taes, que, segundo o direito commum, reunam todos os requisitos necessarios para serem inventariantes ou cabeças de casal, tem logar a intervenção consular, ainda que haja na terra procuradores dos herdeiros ou dos testamenteiros ausentes; visto que os cargos de testamenteiro e de inventariante são personalissimos, e o juramento que a estes se defere não póde ser prestado por procurador, é pessoal. [1]

Apezar de ser tão certa e verdadeira a doutrina que acabamos de deduzir, em face do D. de 8 de novembro de 1851 e de outra legislação brazileira, fallecendo alguns subditos portuguezes, sem conjuge sobrevivo, sem testamenteiro, sem herdeiros *reconhecidamente taes*, presentes, que, conforme o direito, podessem ser inventariantes

[1] Consolidação das Leis, nota ao artigo 1.142 — Regulamento de 15 de junho de 1859 artigo 3.º n.º 3 — Sr. Perdigão Malheiros, «Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda» pag. 136 nota 594—Sr. Azevedo Castro, «Livro de Convenções» pag. 44 nota 21—E se, segundo e Regulamento de 15 de junho de 1859, artigo 3.º n.º 4, os herdeiros ausentes podem ser representados por seus procuradores, é só para receberem as suas quotas ou quinhões — o que presupõe inventario e partilha já feitos por herdeiro pessoalmente presente. — Sr. Azevedo Castro, «Livro de Convenções», pag. 370 nota 105.

e cabeças de casal, e sendo mesmo claro, manifesto e evidente o direito dos funccionarios consulares a arrecadar, administrar e liquidar as respectivas heranças, houve no Brazil juizes que, para obstar á intervenção dos consules, considerassem como herdeiros *reconhecidamente taes e aptos*, conforme o direito, para ficar em posse e cabeça do casal, individuos que precisavam ainda justificar a sua qualidade hereditaria, e até procuradores d'estes.

«Ha no Brazil, dizia um grande diplomata, juizes, que fariam honra á magistratura dos paizes em que ella goza de mais justa reputação e merecidos creditos; mas ha tambem, como em toda a parte, juizes que não comprehendem, e não cumprem devidamente a sua elevada missão. Accresce, porém, que muitos juizes brazileiros, aliás integros e illustrados, se deixam influenciar por preconceitos mais ou menos diffundidos em todas as classes sociaes, e que os levam a considerar como um dever patriotico restringir quanto possivel na pratica as attribuições reconhecidas aos agentes consulares pelos convenios internacionaes, e oppôr todos os obstaculos á transmissão para outros paizes dos capitaes adquiridos no Brazil. Afigura-se-lhes que, procedendo assim, não fazem mais do que reivindicar ou defender gloriosamente direitos inalienaveis da soberania nacional.»

E, com effeito, parece que alguns juizes territoriaes do Brazil entendem que toda a intervenção dos funccionarios consulares, na arrecadação das heranças dos seus nacionaes, é uma usurpação de funcções e de proventos, a que julgam ter um direito inauferivel. D'ahi a constante disposição dos mesmos magistrados, para cercear as attribuições reconhecidas aos funccionarios consulares pelos convenios em vigor, e cobrar proventos que lhes não competem:

Eis os factos que corroboram essa asserção:

1.º

Em Santa Victoria do Palmar (Estado do Rio Grande do Sul) o juiz territorial recusou-se a entregar ao vice-consul os bens da herança do subdito portuguez Joaquim Xavier da Silva Machado, fallecido *ab intestato* em 23 de julho de 1885, sem deixar herdeiros presentes, apesar de ter sido feita a arrecadação com intervenção consular, pelo simples facto de ter apparecido um individuo, que se dizia herdeiro, por virtude d'um testamento nuncupativo, que não estava judicialmente reduzido!

Foi preciso recorrer á acção dupla, diplomatica-judicial, para con-

seguir que os bens fossem confiados ao deposito, administração e liquidação do respectivo vice-consul.

2.º

Em março de 1886, tendo fallecido *ab intestato* em S. João da Barra o subdito portuguez Antonio da Costa Carneiro, deixando bens moveis e immoveis no valor de 20:000$000 réis, sem conjuge, nem herdeiros reconhecidamente taes, presentes, aos quaes, conforme o direito, pertencesse ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventario e dar partilha, o juiz de defuntos e ausentes procedeu á arrecadação, com exclusão do respectivo agente consular, e nomeou um curador e um depositario extranho, inhibindo-o assim de exercer as funcções que lhe confere o citado D. de 8 de novembro de 1851!

3.º

Em Pernambuco um juiz, sem embargo de ter sido arrecadado o espolio do subdito portuguez A. C. de Vasconcellos, fallecido em 6 de janeiro de 1887, com concurso do respectivo consul, não quiz confiar-lhe os bens, mandando entregal-os ao procurador dos pretensos herdeiros, como se vê dos seguintes documentos:

«Legação de Portugal. N.º 6 — Petropolis, 4-2-1887.

«Illmo e Exmo Sr. — Tenho a honra de passar ás mãos de v. ex.ª copia de um officio, que o chanceller encarregado do consulado em Pernambuco dirigiu ao ex.^mo sr. presidente da provincia, reclamando contra o procedimento do juiz de ausentes no processo de arrecadação do espolio do subdito portuguez Antonio Correa de Vasconcellos.

«Falleceu este subdito portuguez sem deixar conjuge na terra, nem testamenteiros, nem herdeiros *reconhecidamente taes, presentes aos quaes, conforme o direito pertencesse ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventario e dar partilha.*

«Segundo as expressas disposições dos artigos 2.º e 3.º do D. de 8 de novembro de 1851, competia ao respectivo funccionario consular de Portugal guardar e liquidar os bens da herança. Reconheceu o juiz de ausentes os direitos do funccionario consular e mandou lavrar o termo da entrega dos bens; mas no proprio dia em que a entrega devia effectuar-se, o juiz deferiu uma petição, em que o curador geral

de orphãos e ausentes requerera que os bens da herança lhe fossem entregues, allegando que o funccionario consular não havia sido reconhecido pelo governo imperial. Ainda que em Pernambuco não houvesse agente consular portuguez devidamente reconhecido, os bens da herança não deviam ser entregues ao curador geral de orphãos e ausentes, mas sim a dois administradores e liquidadores nomeados em conformidade com o disposto no artigo 6.º do citado decreto. Existia porém, o aviso do ministerio a digno cargo de v. ex.ª com data de 10 de março de 1883, mandando reconhecer o sr. Vicente Nunes Tavares como chanceller vice-consul e gerente do consulado na falta ou impedimento do consul, e era um facto publico e notorio que elle havia sido reconhecido n'esta qualidade por todas as auctoridades locaes, inclusivamente pelo proprio juiz de orphãos e ausentes. Similhante fundamento não devia subsistir nem por um só momento, mas subsistiu pelo tempo necessario para ser substituido por outro, que aliás não é mais solido.

«Agora o juiz recusa-se a entregar os bens da herança ao funccionario consular, com o fundamento de que se acha presente um procurador dos suppostos herdeiros. Ora, segundo as expressas disposições do artigo 2.º do decreto de 8 de novembro de 1851, e a jurisprudencia estabelecida, *a presença de um procurador de herdeiros embora já legalmente habilitados, não exclue a intervenção do funccionario consular*. Mas accresce que no caso sujeito, os suppostos herdeiros de Antonio Corrêa de Vasconcellos não estão ainda devidamente habilitados.

«Recusando-se a confiar os bens da herança á guarda, administração e liquidacão do funccionario consular, o juiz de orphãos e ausentes de Pernambuco commette, pois, uma flagrante violação das disposições do decreto de 8 de novembro de 1851, que o governo imperial prometteu, em 20 de maio de 1884, mandar observar e executar como regimen provisorio das attribuições dos funccionarios consulares em substituição da convenção de 25 de fevereiro de 1876.

«Estou certo de que v. ex.ª ha de tomar as providencias necessarias para que as clausulas d'aquelle ajuste internacional sejam fielmente cumpridas; mas o que eu peço encarecidamente a v. ex.ª é que faça expedir essas providencias com toda a brevidade possivel, pois tenho sérias razões para crêr que da demora na entrega dos bens da herança do funccionario consular póde resultar graves prejuizos para os herdeiros.

«Aproveito a occasião para renovar a v. ex.ª os protestos da minha mais alta consideração.

«A S. Ex.ª o sr. Barão de Cotegipe, ministro e secretario d'estado dos negocios estrangeiros — *Duarte Gustavo Nogueira Soares.*»

«Legação de Portugal. — Petropolis, 14 de fevereiro de 1887. — N.º 9.

«Ill.mo e Ex.mo Sr. — Em additamento á nota que tive a honra de dirigir a v. ex.ª com data de 4 do corrente, cumpre-me levar ao conhecimento de v. ex.ª o seguinte telegramma que hoje recebi do consul interino de Portugal em Pernambuco:

> «Juiz dos autos de arrecadação da herança de «Vasconcellos mandou por sentença, sem passar em «julgado, entregar o espolio aos procuradores. Op«postos embargos, juiz mantem procuradores na «posse da herança tendo já aberto o estabelecimento. «Peço instrucções urgentes.»

«Se, como não posso deixar de acreditar, o subdito portuguez Corrêa de Vasconcellos falleceu nas circumstancias especificadas no artigo 2.º do decreto de 8 de novembro de 1851, o procedimento d'aquelle juiz constitue uma violação flagrante do ajuste feito entre os dois paizes pela troca das notas de 19 e 20 de maio de 1884.

«A presença de individuos, que se dizem procuradores de herdeiros que não se habilitaram ainda, que não são reconhecidamente taes, e *que, ainda que o fossem, não poderiam exercer por procuração as funcções de cabeça de casal e inventariante*, não deve evidentemente obstar a que o espolio seja confiado á guarda, administração e liquidação como expressamente dispõem os artigos 2.º e 3.º do decreto de 8 de novembro de 1851, adoptado por mutuo accôrdo dos dois governos como regimen provisorio das attribuições dos funccionarios consulares.

«Peço pois a V. Ex.ª com as mais encarecidas instancias, que, pelo telegrapho, ordene ao presidente da provincia que, verificadas as mencionadas circumstancias, mande entregar o espolio ao consul em observancia do referido ajuste.

«Aproveito a occasião para renovar a V. Ex.ª os protestos da minha mais alta consideração.

«A S. Ex.ª o sr. Barão de Cotegipe, ministro e secretario d'estado dos negocios estrangeiros. — *Duarte Gustavo Nogueira Soares.*»

«2.ª secção — N.º 6. — Rio de Janeiro, Ministerio dos Negocios Estrangeiros, 24 de fevereiro de 1887.

«Tenho a honra de accusar a recepção das duas notas que o sr. Commendador D. G. Nogueira Soares, enviado extraordinario e ministro plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, dirigiu-me em datas de 4 e 14 do corrente mez a respeito da herança do subdito portuguez Antonio Corrêa de Vasconcellos, fallecido no Recife, e do procedimento alli observado pelo juiz de ausentes no respectivo processo de arrecadação.

«Logo que recebi a primeira citada nota, pedi pelo telegrapho, e com urgencia, ao presidente da provincia de Pernambuco informações sobre o caso de que se tratava; e o mesmo fiz depois que me veiu a segunda.

«Achando-me agora munido dos esclarecimentos mais indispensaveis de que carecia, cabe-me a satisfação de communicar ao sr. Nogueira Soares que o governo imperial, concordando nas razões que adduziu em apoio da reclamação feita pelo consulado portuguez em Pernambuco contra os actos de indebita intervenção do referido juiz n'aquelle processo, expediu no dia 18 d'este mez ao mesmo presidente novo telegramma, incumbindo-o de providenciar afim de que o juiz de ausentes entregue quanto antes os bens do espolio ao consulado portuguez, *a quem de conformidade com o decreto de 8 de novembro de 1851 compete administral-os e liquidal-os, com exclusão de procuradores, que por modo nenhum podem exercer funcções de cabeças de casal e inventariantes.*

«Reitero ao sr. commendador Nogueira Sores as seguranças de minha mais alta consideração. — *Barão de Cotegipe.* — Ao sr. Commendador D. G. Nogueira Soares.»

«Legação de Portugal. — Petropolis, 5 de Março de 1887. — N.º 12.

»Illmo e Exmo Sr. — Recebi a nota que V. Ex.ª me fez a honra de dirigir com data de 24 de fevereiro, e na qual me communica que o governo imperial, concordando nas razões que adduzi em apoio da reclamação feita pelo consulado portuguez em Pernambuco contra os actos de indebita intervenção de juiz de ausentes no processo de arrecadação da herança do subdito portuguez Antonio Corrêa de Vasconcellos, expedira no dia 18 de fevereiro um telegramma ao presidente da provincia, incumbindo-o de providenciar, afim de que o juiz entregasse quanto antes os bens do espolio ao consulado, a quem de

conformidade com o decreto de 8 de novembro de 1851, compete administral-os e liquidal-os com exclusão de procuradores, que por modo nenhum podem exercer funcções de cabeças de casal e inventariantes.

Agradeço a V. Ex.ª em nome do governo de Sua Magestade as promptas providencias que o governo imperial tomou para que fosse observado o decreto de 8 de novembro de 1851, adoptado por mutuo accôrdo dos dous governos, como regimen das attribuições e privilegios dos funccionarios consulares. Sinto, porém, ter de levar ao conhecimento de V. Ex.ª que as auctoridades judiciarias de Pernambuco não executaram, como lhes cumpria, a decisão do governo imperial.

«Segundo me communica o consul, nos telegrammas juntos por copia, o juiz de ausentes apresentou em audiencia o telegramma do governo imperial, e julgou-se obrigado a cumprir as ordens n'elle contidas, mandando entregar os bens do espolio ao consulado. Mas os procuradores que se achavam presentes interpozeram aggravo para a relação, e isso bastou para que o juiz suspendesse a entrega dos bens do espolio ao consulado e deixasse executar a decisão do governo imperial, qne pouco antes reconhecia como unico competente para interpretar as clausulas de um ajuste internacional. O tribunal da relação, desprezando tambem a decisão do governo imperial sobre as disposições claras e terminantes do citado decreto, deu provimento ao aggravo dos procuradores de suppostos herdeiros.

«Abstenho-me de fazer quaesquer considerações sobre similhante procedimento, porque ninguem melhor do que V. Ex.ª conhece os bons principios de direito publico e direito internacional, que elle offende, e as consequencias que produziria se não fosse opportunamente corrigido; ninguem mais energicamente do que V. Ex.ª se tem opposto a que o poder judicial invada as attribuições do poder executivo, e o force a faltar ás promessas que faz e ás obrigações que contrahe para com os governos estrangeiros, no uso legitimo de faculdades que lhe confére a constituição politica do estado.

«Em todos os paizes regidos pelo systema representativo o poder judicial é tão independente do poder executivo como no Brazil, e em nenhum d'esses paizes as auctoridades judiciarias se arrogam o direito de interpretar os convenios internacionaes contra as opiniões e decisões do poder executivo. Se uma ou outra vez alguma auctoridade judiciaria se arroga esse direito, os competentes representantes do poder executivo usam logo dos meios que a constituição lhes confére para repellir similhantes invasões da esphera das suas attribui-

ções, porque sabem que nenhum governo estrangeiro quereria tratar com uma nação em que o governo não fosse o unico responsavel pela execução dos tratados, e em que cada auctoridade judicial tivesse o direito de interpretar e executar a seu bel-prazer.

«Tenho a mais plena confiança no provado espirito de rectidão e justiça do governo imperial, e espero que elle adoptará as providencias necessarias para que as suas decisões sejam executadas e os bens do espolio entregues sem demora ao consulado.»

«Aproveito a occasião para renovar a V. Ex.ª os protestos da minha mais alta consideração. — A S. Ex.ª o Sr. Barão de Cotegipe, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios Estrangeiros. — *D. G. Nogueira Soares.*»

A proposito d'este assumpto aquelle distincto diplomata portuguez, no dia 7 de março, dizia n'uma carta a um alto funccionario brazileiro:

«Se em Portugal houvesse um juiz que désse ao convenio provisorio de 1884 uma interpretação tão cerebrina como a que os juizes de Pernambuco lhe deram, o governo de Sua Magestade não deixaria de o revocar ao sentimento e ao cumprimento dos seus deveres e de o processar por abuso ou usurpação de poderes, no caso de resistencia. Mas em Portugal o poder judicial, não obstante ser muito cioso da sua independencia, nunca deixou de executar as instrucções no tocante á observancia dos convenios diplomaticos.»

«2.ª secção. — N.º 10. — Rio de Janeiro, Ministerio dos Negocios Estrangeiros, 11 de março de 1887.

«Ill.mo e Ex.mo Sr. — Tive a honra de receber a nota de 5 do corrente, pela qual o Sr. Commendador Duarte Gustavo Nogueira Soares, Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, me dá conhecimento das noticias telegraphicas que lhe transmittiu o consul de sua nação no Recife, relativamente ao aggravo interposto pelos procuradores de suppostos herdeiros do finado Corrêa de Vasconcellos e ao provimento dado a esse aggravo pela relação do districto.

«Respondendo á citada nota, cumpre-me communicar ao Sr. Commendador Nogueira Soares que, tendo recebido directamente do Presidente da provincia de Pernambuco eguaes noticias, apressei-me em ordenar por telegramma a esta auctoridade que, de conformidade com as leis do imperio, levantasse conflicto de jurisdicção com a dita Re-

lação e providenciasse para que nada se alterasse na arrecadação dos bens. [1]

«Reitero ao sr. Ministro os protestos da minha mais alta consideração. — *Barão de Cotegipe.* — Ao Sr. Commendador Duarte Gustavo Nogueira Soares.»

«Consulado de Portugal em Pernambuco, 18 d'abril de 1897.

Ill.mo e Ex.mo Sr. — Tenho a honra de accusar a recepção do officio de V. Ex.a, de 13 de março, só recebido n'este consulado em 15 do corrente, acompanhado da nota do Sr. Ministro dos Negocios Estrangeiros do Imperio, de 11 do citado mez, sobre a arrecadação do espolio de Antonio Corrêa de Vasconcellos. Em conformidade com o que V. Ex.a n'elle determina cumpre-me dizer:

«1.º Que pelo officio recebido do Presidente da provincia em resposta a outro d'este consulado, cujas copias remetto inclusas, se vê que ao Governo Imperial já foram enviados todos os documentos para que a decisão do conflicto de jurisdicção seja submettida ao tribunal competente.

2.º *Que no auto de arrecadação já se acha descripta uma lettra acceita pelo procurador dos feitos da fazenda provincial a favor do finado Vasconcellos, e que a divida do juiz de ausentes ao mesmo deve constar das contas do livro, segundo confessou o proprio juiz no primeiro dia da arrecadação*, sendo além d'isso notorio que a casa do finado Vasconcellos era o banco das auctoridades e primeiras influencias politicas n'esta cidade, *e que foram estas circumstancias que determinaram o procedimento na dita arrecadação*.....

.....

Deus Guarde a V. Ex.a — Ill.mo e Ex.mo Sr. Conselheiro Duarte Gustavo Nogueira Soares, dignissimo Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, no Rio de Janeiro. — *Vicente Nunes Tavares*, encarregado do consulado.

4.º

Em 1895, deu-se em Pernambuco um facto quasi egual com relação ao espolio do subdito portuguez Ramiro Loureiro Guedes Valente, que tendo sido arrecadado com intervenção consular, o Tribunal da respectiva Relação julgou dever cessar a competencia do juiz de ausen-

---

[1] Regulamento 124 do Conselho do Estado, de 5 de fevereiro de 1842, art. 24.º

tes com intervenção consular, por ter apparecido um procurador dos suppostos herdeiros existentes em Portugal.

D'esta decisão da Relação tendo o consul de Portugal interposto recurso extraordinario ao Supremo Tribunal Federal, o Sr. Castello Branco, como procurador da Republica, deu parecer, a que alludimos nas notas precedentes.

Disse elle alli:

«Ora se na hypothese dos autos, Ramiro Valente falleceu sem testamento, nem herdeiros presentes, aos quaes competisse aquella posse, pois que ainda hoje os appellados residem em Portugal, e apenas são aqui representados por procurador; se já tinha havido uma interpretação authentica dada pelo Governo Imperial que fizera o tratado com Portugal: *De que ao Consul compete administrar e liquidar o espolio, com exclusão de procuradores, que por modo algum podem exercer as funcções de cabeça de casal e inventariante;* se tal interpretação foi posta em questão pelos appellados e o Tribunal decidiu afinal em contrario ao direito do consul, derivada da clausula do Tratado, mandando que pelo apparecimento do procurador dos appellados, que deviam por isso considerar-se presentes, cessasse a intervenção d'elle, é manifesto que o tribunal de Pernambuco negou a applicação do Tratado de 1851 em um caso expressamente previsto por elle, offendendo direitos derivantes d'este tratado.»

E mais adiante accrescentou:

«A disposição do artigo 2.º do D. de 8 de novembro de 1851 precisa interpretação?

«Parece que não ha nada mais claro do que a disposição citada. Se ella precisa interpretação, a unica authentica e legal que póde ter, é a que lhe foi dada pelo Barão de Cotegipe em 24 de fevereiro de 1887, isto é, a *arrecadação de espolio de portuguez, de conformidade com o decreto de 1851, compete ao consul de Portugal com exclusão de procuradores, que por modo nenhum podem exercer as funcções de cabeça de casal e inventariante.*»

«O artigo 2.º do Tratado de 1851 determinou se fizesse a arrecadação pelo juizo de ausentes, com a intervenção do consul, quando o fallecido não tivesse deixado conjuge na terra nem herdeiros presentes aos quaes coubesse ficar como cabeça de casal: — o que é a mesma cousa, — porque fóra da terra como estão os appellados, não podiam ficar na posse da herança para dar os bens a inventario e partilha.

«O tratado não fallou em procuradores; e, sendo lei especial, só

devia ser entendida restrictamente, para não se causar surpreza á outra parte contractante, que havia promettido a reciprocidade, e assim o tem entendido.

«Nem sempre se póde considerar a pessoa presente por procurador, porque ha actos que a este é vedado praticar; e os decretos de 51 e 59 são distinctos, em pontos substanciaes, como o da intervenção do agente consular para promover a arrecadação na qualidade de curador dos subditos de sua nação, tornando-se por isto guarda e depositario das heranças, conforme preceitúa o primeiro, e do que nem cogita o segundo.»

Qué mais é preciso para demonstrar que a presença do procurador dos herdeiros, de testamenteiro, — de suppostos herdeiros que não justificaram a sua qualidade, e a de herdeiro instituido n'um testamento nuncupativo que não foi reduzido legalmente, não excluem a intervenção consular?

Que interpretação mais authentica poderão ter as disposições do D. de 8 de novembro de 1851 do que aquella que lhe deram, de pleno accordo, a legação de Portugal e o ministerio dos negocios estrangeiros do Brazil, por meio de notas atraz transcriptas?

*
* *

Pelo juizo orphanologico tem logar a arrecadação da herança, embora provisoriamente e emquanto subsistirem os motivos seguintes:

1.º quando, sendo illegitimos os descendentes, houver fundamento para contestar a sua qualidade hereditaria;
2.º quando se duvidar da legitimidade do casamento pelo que respeita ao conjuge e filhos;
3.º quando o testamento nuncupativo não estiver reduzido. [1]

Ora, se nos casos acima mencionados ha arrecadação da herança, que deixam os nacionaes ou estrangeiros com cuja nação o Brazil não mantem o principio de reciprocidade, feita exclusivamente pelo juizo orphanologico, dando-se eguaes hypotheses com relação aos espolios

[1] Regulamento de 15 de junho de 1859, art.os 5.º e 6.º — Alvará n.º 356 de 10 de setembro de 1865. — Sr. Perdigão Malheiros, *Supplemento ao Manual*, § 153.

que deixam os subditos portuguezes no Brazil, deve egualmente haver arrecadação provisoria conjuntamente com o agente consular, porque, como já vimos, nos termos do D. de 8 de novembro de 1851, a intervenção judicial n'este caso não póde destacar-se da intervenção consular.

Por conseguinte, nem a presença de suppostos herdeiros, que não só não são reconhecidamente taes, mas cuja qualidade póde ser contestada com bons fundamentos; nem a de individuos que se dizem herdeiros necessarios, na qualidade de filhos naturaes, sem comtudo haverem provado devidamente a sua filiação; nem a de herdeiros instituidos em testamento nuncupativo que não fôr reduzido; e nem a do conjuge, quando se duvidar da legitimidade de casamento, podem obstar á arrecadação da herança com concurso do agente consular.

Terceira parte

I

Se na arrecadação da herança, feita conjuntamente com o consul, os funccionarios judiciaes teem direito á percentagem?

NTES de entrar na apreciação do assumpto cumpre attender á differença que ha entre percentagem e emolumento.

Percentagem vem das palavras — *per-cento-agem*, trabalho por cento — quer dizer — remuneração do trabalho com uns tantos por cento; póde ser estabelecida na lei, ou póde ser convencionada.

Emolumento vem de *emolumentum*, remuneração inalteravel do acto; é sempre estatuido por lei, não póde ser estipulado.

Percentagem é taxa proporcional, emolumento é taxa fixa. Emolumento não é percentagem, nem percentagem é emolumento; aquella não abrange este, nem este comprehende aquella.

Esta distincção não a fazemos só nós, fal-a a propria legislação do Brazil (Regulamento n.º 160 de 9 de maio de 1842, artigo 26.º, Regulamento n.º 131 de 1 de dezembro de 1845, art. 15.º e Regulamento de 15 de junho de 1859, art. 82. [1]

---

[1] N'um parecer emittido pelo sr. Aquino de Castro, insigne jurisconsulto e uma das glorias da magistratura brazileira — parecer que foi dado a proposito da questão que os serventuarios do juizo da 2.ª vara do Rio de Janeiro levantaram em 1885, pedindo ao consulado portuguez percentagens das heranças dos seus nacio-

Estabelecida esta differença, examinemos a questão:

Nem as convenções consulares, que o Brazil assignou com differentes paizes e que já foram denunciadas, nem o D. de 8 de novembro de 1851 contém uma só palavra que auctorise a deducção de percentagem a favor dos funccionarios judiciaes, das heranças arrecadadas conjuntamente com o consul.

Pelo contrario o artigo 2.º do D. de 8 novembro de 1851 dispõe que o *juiz dê principio ao inventario ex officio*. A intervenção officiosa de auctoridade local, na arrecadação das heranças que aos consules compete administrar e liquidar, não dá direito a emolumentos de especie alguma. E' um principio consignado nas convenções de differentes paizes da Europa e America, Inglaterra, Servia, e Estados Unidos.

L'autorité locale apposerá sa signature sur les procès verbaux dressés en sa présence, sans que pour son intervention d'office dans ces actes elle puisse exiger des droits d'aucune espèce, dizem ellas.

E' verdade que o artigo 10.º do D. de 8 de novembro de 1851 auctorisa a dedução de percentagem a favor dos administradores das heranças dos estrangeiros, quando elles o requeiram, e a de emolumentos a favor de funccionarios judiciaes; mas tal auctorisação se limita tão sómente ao caso especial previsto no artigo 6.º do mesmo diploma — de, na falta do agente consular, arrecadar-se, administrar-se e liquidar-se pelo juizo territorial a herança dos estrangeiros fallecidos nas circumstancias do artigo 2.º.[1]

---

naes, arrecadadas por elle sob o imperio das convenções consulares luso-brazileiras, e que se acha publicado — iremos em notas successivas transcrevendo os periodos da 1.ª parte para corroborar a doutrina que propomos sustentar sobre as percentagens. Disse elle:

«Percentagens não são emolumentos. O proprio art. 82.º (do regulamento de 15 de junho de 1859) o diz: *1 % além dos emolumentos que lhe pertencem*. Emolumentos são custas; é expresso no art. 202.º do regulamento de 2 de setembro de 1874.»

Esta mesma differença estabeleceu tambem o accordão da Relação do Rio de Janeiro de 23 de outubro de 1885, adiante transcripto.

[1] Tratando da questão indicada na nota precedente disse o mesmo jurisconsulto:

«O D. de 1851 dá percentagem aos administradores das heranças jacentes de estrangeiros, no caso especial figurado no artigo 10.º com referencia ao artigo 6.º; *mas aqui não se trata de arrecadação de bens existentes em logar onde não funcciona agente consular.*»

Ora, se no diploma citado não ha uma só palavra que estabeleça percentagem aos funccionarios judiciaes pela arrecadação da herança dos estrangeiros, feita em conformidade dos seus preceitos; se o artigo 10.º d'aquelle diploma, — unica disposição que reconhece apenas aos administradores das heranças dos estrangeiros o direito ás percentagens, caso elles o queiram, e aos funccionarios judiciaes o de haver emolumentos, — refere-se sómente á hypothese em que, não havendo na localidade o respectivo agente consular, o juiz de ausentes procede á arrecadação e inventario d'ellas, conclue se, claramente, *à contrariu sensu*, que, quando, no logar da abertura de successão, houver um funccionario consular que guarde, administre e liquide a herança arrecadada conjuntamente com auctoridade territorial — os funccionarios judiciaes não tem direito, nem ás percentagens, nem aos emolumentos.

Comtudo, como, desde que por ajuste entre Portugal e o Brazil foi aceito, a titulo de reciprocidade, o D. de 8 de novembro de 1851, se lavram em juizo alguns actos de processo de arrecadação, taes como o auto de arrolamento dos bens, o de nomeação dos louvados, e de avaliação e outros; e como se juntam ao processo varias petições de credores que vem exigindo as suas dividas e cujo pagamento, sendo conhecidas, é auctorisado pelo juiz territorial com audiencia do respectivo consul, e como ainda pelo contador se procede ao calculo dos direitos de transmissão e se expede pelo cartorio guia para pagamento d'elles, parece de equidade que os funccionarios que praticam taes actos, embora não tenham a responsabilidade e o trabalho que são inherentes aos agentes consulares, percebam os emulamentos que a tabella judicial do paiz fixa para actos identicos.

Mais:

A percentagem é a retribuição *pro labore*, de guardar, administrar e liquidar as heranças jacentes.

Ora os espolios dos estrangeiros arrecadados, segundo os preceitos do D. de 8 de novembro de 1851, isto é, pelo juizo territorial conjuntamente com os funccionarios consulares, são guardados, administrados e liquidados pelos respectivos consules.

Logo, não ha fundamento para se liquidarem a favor de funccionarios judiciaes percentagens das heranças que elles não guardam, nem administram, nem liquidam. [1]

---

[1] Percentagem é retribuição, escreve aquella auctoridade em jurisprudencia do Brazil, correspondente a um serviço real effectivamente prestado para ser conseguido um certo resultado; é, segundo declara o Barão d'Ourem, quando director

O artigo 82.º do Regulamento de 15 de junho de 1859 dá aos empregados da justiça direito para deduzirem percentagens do producto dos bens que se *arrecadam e apuram em conformidade com o mesmo diploma.*

Mas que heranças são arrecadadas nos termos d'aquelle regulamento?

São bens de ausentes e defunctos, vagos e de evento, como diz o decreto que o pôz em execução; mas de defunctos nacionaes, e de estrangeiros, com cuja nação o Brazil não tenha tratados ou convenções regulando taes arrecadações, ou com a qual não mantem o principio de reciprocidade.[1]

Ora, os bens dos subditos portuguezes, não sendo arrecadados, administrados e liquidados em conformidade das disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859, mas sim nos termos do D. de 8 de novembro de 1851, segue-se claramente que o preceito do artigo 82.º não póde ser extensivo á arrecadação d'elles.

Alem d'isso as percentagens, estabelecidas no arttgo 82.º do citado regulamento, são deduzidas do producto liquido dos bens da herança, isto é, das quantias apuradas *pelo arrendamento, pela arrematação dos bens, e pela cobrança das dividas activas*, mas do *producto liquido recolhido ao cofre publico.* Esta era a doutrina do Regulamento de 9 de maio de 1842, do de 27 de junho de 1845, explicada e desenvolvida pelo governo brazileiro no seu aviso n.º 114 de 4 de outubro de 1846, e o é ainda do Regulamento de 15 de junho de 1859, artigo 79.º § 6.º.

Mas os bens arrecadados em conformidade do regulamento de 8

---

geral do contencioso, em officio de 21 de Junho de 1867, inserto na collecção de officios e instrucções da directoria geral, vol. 5.º pag. 32, a commissão dos dinheiros que por diligencia pessoal dos funccionarios competentes são recolhidos aos cofres publicos. Se nenhuma diligencia pessoal houve, nada póde ser devido. E assim se tem observado desde longa data, sem reclamação dos interessados, qúe só depois de muitos annos levantaram a questão, com apoio no artigo 32 do regulamento de 15 de Junho de 1859.

[1] Mas o regulamento citado, continúa o Sr. Conselheiro Castro, nada tem que ver com a questão, porquanto, *referindo-se ás arrecadações dos bens dos defunctos e ausentes, em geral, e não ás que tem por objecto as heranças estrangeiras reguladas por disposições especiaes* (D. de 8 de novembro de 1851 e posteriores convenções consulares), manda repartir pelos funccionarios do juizo percentagens deduzidas do producto liquido das heranças por elles arrecadadas e apuradas, ao passo que se trata agora de heranças exclusivamente arrecadadas por agentes consulares, na fórma de legislação em vigor.

de novembro de 1851, isto é, com intervenção consular, e o producto liquido que d'elles se apurar não são recolhidos aos cofres publicos, ficam em poder do respectivo agente consular, que é o verdadeiro depositario, administrador e liquidante, na qualidade de representante nato dos interesses de seus nacionaes, ausentes, menores ou incapazes.[1]

Logo, as percentagens estatuidas no artigo 82.º do alludido Regulamento de 15 de junho de 1859 não podem ser deduzidas dos bens dos estrangeiros arrecadados com intervenção consular.

Ainda mais:

O regulamento n.º 160 de 9 de maio de 1842 dispõe no seu artigo 43.º:

«São sujeitas ás disposições d'este regulamento e de mais legislação respectiva em vigor, as heranças jacentes e bens vagos existentes no Brazil, pertencentes a estrangeiros que fallecerem com testamento e sem elle, e *não pertencerem ás nações com quem existam tratados nos quaes haja estipulações especiaes e diversas.* Todos os actos judiciaes e administrativos relativos a estas heranças serão feitos com assistencia dos respectivos consules, ou de pessoa por elle auctorisada, sendo para esse fim avisados pelo juiz e procedendo-se á sua revelia quando não compareçam.»

Ora, se esta excepção não foi revogada nem alterada pelas disposições posteriores, como já vimos, claro é que o Regulamento de 15 de junho de 1859 exceptuou tambem, implicitamente, as heranças dos estrangeiros com cuja nação o Brazil tenha tratados, e em que haja estipulações especiaes e diversas, e se o não fez expressamente, foi porque isso estava positiva e terminantemente consignado na já citada circular do ministerio dos negocios estrangeiros de 25 de setembro de 1845.

Que não podem ser invocadas as disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859, e de qualquer outro que contrarie as de 8 de novembro de 1851, prescreve terminantemente, como já demonstramos, o aviso do Governo brazileiro n.º 326 de 15 de julho de 1862.

---

[1] As percentagens concedidas pelo artigo 82.º do regulamento de 1859, discorre o sr. Conselheiro Castro, são tiradas do producto liquido das arrecadações em especie... *recolhido aos cofres publicos.* Mas o producto das arrecadações feitas pelos consulados não é recolhido ao thesouro; conserva-se, por virtude do D. de 1851 e das convenções consulares, em poder dos consules, depositarios legaes de todos os bens por elles arrecadados, até final arrecadação. Logo, como applicar ás arrecadações consulares as disposições relativas ás arrecadacões judiciaes, quando são diversas, e em ponto essencial, as disposições que as regulam?

O Sr. Perdigão Malheiros, que escreveu o seu Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda em 1873, tratando n'elle dos casos em que, segundo o Regulamento de 15 de junho de 1859, é feita a arrecadação dos bens dos ausentes, escreve no § 327 n.º 7:

«Não tem logar a arrecadação se o fallecido é subdito estrangeiro, com cuja nação haja tratado que a ella se opponha.»

E mais adiante, na secção 2.ª do citado Manual, § 357, acrescenta:

«A arrecadação das heranças de estrangeiros, com cuja nação este paiz tem convenios, ou com cuja nação este paiz mantem a reciprocidade, contendo disposições especiaes e diversas, é feita segundo os preceitos d'ellas.»

Ora, no D. de 8 de novembro de 1851 ha effectivamente, no que respeita á arrecadação das heranças de estrangeiros, disposições não só especiaes e diversas, mas inteira e manifestamente contrarias ás do regulamento de 15 de junho de 1859.

Segundo este diploma, a arrecadação do espolio é feita exclusivamente pelo juizo territorial; ha nomeação do curador, quando houver herdeiros ausentes, para assistir ao inventario e partilha, e os bens são entregues, mesmo antes de liquidação, aos herdeiros, logo que elles appareçam devidamente habilitados.

Segundo o D. de 8 de novembro de 1851, os juizes de orphãos e ausentes, e hoje os juizes seccionaes, interveem na arrecadação conjuntamente com os agentes consulares, mas a estes compete *guardar, administrar e liquidar as heranças dos seus nacionaes* fallecidos nas condições especificadas no artigo 2.º; não ha nomeação do curador, e os bens não podem ser entregues aos herdeiros, ainda que appareçam devidamente habilitados, sem decorrer um anno estabelecido no artigo 3.º, e sem estarem pagos os direitos de transmissão. A arrecadação não é provisoria, é sempre definitiva.

Logo, os preceitos do artigo 82.º do Regulamento de 15 de junho de 1859 não são, não podem ser, não devem ser applicados ás heranças arrecadadas em conformidade do D. de 8 de novembro de 1851, e por conseguinte, a percentagem estabelecida n'elle não póde ser extensiva aos casos em que a arrecadação é feita conjuntamente com o agente consular.

*

* *

No Brazil o regimen das convenções, logo que expire o respec-

tivo praso, é substituido pelo D. de 8 de novembro de 1851 no caso em que haja reciprocidade, e só, *na falta do tratado que a tenha estabelecido*, se executa o D. de 15 de junho de 1859, que legislou sobre a arrecadação dos bens de defunctos e ausentes.[1]

Ora, o Brazil mantem com Portugal o regimen de reciprocidade; o D. de 8 de novembro de 1851 é um diploma de caracter internacional entre as duas nações, e por conseguinte um tratado publico, como atraz demonstrámos.

Logo, as disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859 não podem ter execução com respeito ás heranças dos subditos portuguezes que fallecerem no Brazil, nas circumstancias mencionadas no artigo 2.º do D. de 8 de novembro de 1851, no que forem contrarias ás d'elle.

Mais ainda:

O Governo brazileiro, no citado alvará n.º 114 de 4 de outubro de 1846, estatuiu:

«Da litteral disposição do artigo 26.º do Regulamento de 9 de maio de 1842 confrontada com as disposições dos antecedentes a que se refere, claramente se deduz que a percentagem concedida aos empregados do juizo, a que é encarregada a arrecadação e administração dos bens de ausentes, sómente é devida e sómente póde ser deduzida do producto liquido dos bens da herança arrecadada, isto é, d'aquellas quantias que se apurarem provenientes dos arrendamentos e arrematações de bens, e de cobranças de dividas, e que estiverem no caso de se recolherem aos cofres publicos, abatidas as despezas do cartorio e expediente, *não bastando para terem direito a esse vencimento que a arrecadação se tenha feito, e algum tempo tenha havido de administração, pois que se outra cousa se tivesse tido em vista, se a percentagem se adquirisse só pelo facto de arrecadação, se teria estabelecido que ella se deduzisse do valor dos bens arrecadados, e a necessidade se não imporia de haver o apuramento e liquidação do producto d'elles para então se deduzir essa percentagem.*»

Igual disposição foi consignada no Regulamento de 15 de junho de 1859. Os artigos 4.º, 5.º e 6.º d'este ultimo diploma declaram expressamente que a *arrecadação judicial* não dá direito á percentagem,

---

[1] Avisos n.º 597 de 28 de dezembro de 1860, n.º 207, de 16 de maio de 1865, de 18 de agosto de 1874, de 19 e 21 de maio de 1884. — Sr. Azevedo Castro, Livro de Convenções Consulares, pag. 362, citado Manual do Procurador dos Feitos § 358.º

quando as heranças arrecadadas são entregues antes de liquidação, aos herdeiros que justificarem a sua qualidade hereditaria.

Ora, se a arrecadação judicial, feita exclusivamente pelo juizo territorial, não dá direito á percentagem, quando a herança arrecadada é entregue ao herdeiro antes de liquidação, com muito mais razão, não deve dar direito á percentagem a que é feita pelo juizo territorial conjuntamente com o agente consular, a quem é logo confiada a guarda, administração e liquidação d'ella.

*

* *

O Sr. Azevedo Castro, no seu livro de convenções, annotando o artigo 4.º já citado do Regulamento de 1859, diz na pag. 371:

«Que em taes condições (arrecadação provisoria) seria *iniquo deduzir percentagem em favor dos empregados do juizo, porque estes proventos, destinados a retribuir trabalhos reaes durante o processo de arrecadação, não teriam razão de ser*».

Ora, se em taes casos é iniquo deduzir percentagens em favor dos empregados do juizo, muito mais iniquo seria a dedução de percentagem em favor d'aquelles funccionarios, de heranças que elles não guardam, nem administram, nem liquidam, porque, n'este caso, não tendo elles nem trabalho nem responsabilidade, taes proventos menos razão teriam de ser.

Logo, os funccionarios do juizo territorial, segundo o proprio Regulamento de 15 de junho de 1859, não teem direito á percentagem das heranças dos subditos portuguezes, que aos respectivos consules compete guardar, administrar e liquidar, e isto debaixo do regimen do D. de 8 de novembro de 1851, que substituiu a convenção luso-brazileira de 1876.

II

Vem aqui a pêllo transcrever a impugnação que o consul de Portugal no Rio Grande do Sul apresentou n'um processo sobre a contagem de emolumentos e percentagem, e o que ácerca d'ella disse o inspector da respectiva alfandega.

IMPUGNAÇÃO DO CONSUL

«Devo mencionar que o producto... sobre estar sujeito a encargos consulares e outros, fôra realisado nos termos previstos no artigo 24.º do decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851, isto é, segundo um accordo internacional; parece pois que o Sr. Contador não podia soccorrer-se das disposições do aviso estadual de 21 de agosto ultimo, só applicavel aos feitos judiciaes d'este Estado, e jámais a contagem das custas e percentagens de que se trata; montando em... cuja formula, para se effectuar, está prevista em decretos e avisos subsequentes ao alludido accordo, e este mantido pelo Governo Federal.

«Em vista do expendido, peço a attenção do M. Juiz.—Rio Grande, 12 de setembro de 1893.— *Marques.*»

ALLEGAÇÃO DO INSPECTOR

«O Sr. Consul de Portugal, invocando o artigo 24.º do decreto de 8 de novembro de 1851, impugnou *in-totum* a contagem das custas e percentagens, feito pelo Contador do juizo, por ter sido o producto da arrematação, sobre estar sujeito a onus consulares, realisado segundo um accordo internacional.

«O artigo 82.º do Regulamento, que baixou com o D. n.º 2433 de junho de 1859, posterior á precitada disposição, estabelece as percentagens que auferem os que officiam nos processos de arrecadação de espolios de defunctos e ausentes, sem fazer distincção alguma entre os subditos de qualquer nacionalidade e sem maior referencia a quaesquer tratados internacionaes ou convenções consulares. Por conseguinte, seguindo o conhecido aphorismo de direito, seria distinguir onde a lei não distingue.

«Mais, o aviso do ministerio da justiça n.º 510, de 30 d'outubro de 1880, estatuiu que as convenções consulares em vigor de fórma alguma alteram as disposições do respectivo artigo 82.º; portanto, as pessoas n'este contempladas teem direito á percepção dos emolumentos nas arrecadações de heranças pertencentes a *subditos estrangeiros*, doutrina esta perfeitamente correcta, porquanto, sendo esses emolumentos uma compensação pelo trabalho dos que funccionam em taes arrecadações, seria injusto, senão odioso, que só os percebessem quando se tratasse de herança dos naturaes do paiz, ficando assim os estrangeiros em condicões mais vantajosas do que as d'aquelles.

«Isto posto, parece-me improcedentes as razões allegadas pelo

illustre consul. — Rio Grande do Sul, 30 de setembro de 1893. — *A. Almeida.*»

Comquanto o Consul de Portugal no Rio Grande do Sul não tivesse adduzido nenhum argumento juridico para justificar a sua impugnação, quer com respeito a emolumentos, quer com respeito ás percentagens, não podemos, todavia, deixar de reconhecer que era justa a observação por elle feita, e que não procedem nenhuma das razões allegadas, nem nenhum dos argumentos apresentados na sua resposta pelo inspector da alfandega d'aquella localidade.

Taes são os fundamentos porque não procedem os argumentos da 1.ª parte da mesma resposta.

1.º E' principio incontestavel de hermeneutica juridica que uma lei geral posterior não revoga uma lei especial anterior sem que expressamente o faça; assim como é trivial em direito das gentes que uma lei commum e interna não póde revogar um tratado, uma convenção ou um accordo internacional.

Ora, o Regulamento de 15 de junho de 1859 é uma lei geral que trata de arrecadação das heranças de ausentes e defunctos, nacionaes e estrangeiros, e o decreto de 8 de novembro de 1851 é uma lei especial que trata sómente de arrecadação dos espolios dos estrangeiros, com cuja nação o Brazil mantem o principio de reciprocidade, e que vem a fallecer nas condições n'elle indicadas.

Logo, por ser posterior em data, aquelle diploma não revogou este.

2.º Quando mesmo fosse admissivel o principio de posterioridade, tão vaga e tão extemporaneamente invocado pelo funccionario aduaneiro, não podia ser applicado á hypothese sujeita, porque, se o Regulamento de 1859 é mais moderno na data do que o de 1851, é comtudo mais antigo do que o ajuste feito por notas reversaes de 19 e 20 de maio de 1884, trocadas entre a legação de Portugal e o ministerio dos negocios estrangeiros — ajuste pelo qual tomou aquelle decreto o caracter de convenio internacional entre Portugal e o Brazil.

3.º O Regulamento de 15 de junho de 1859 legislou sobre a fórma e processo a seguir na arrecadação das heranças de defunctos e ausentes, nacionaes e estrangeiros, e por isso não fez distincção entre uns e outros, e não tratou de arrecadação de heranças de estrangeiros, subditos de nação com quem o Brazil tivesse convenções. E porque aquelle regulamento havia de tratar do processo e fórma de arrecadação de heranças dos estrangeiros, entre o paiz dos quaes e o Brazil

existiam n'essa data accordos acceitando o principio de reciprocidade estabelecido no D. de 8 de novembro de 1851?

Para revogar, alterar, substituir, prehencher qualquer omissão, ou, por qualquer fórma, modificar alguma disposição d'elles?

Não podia, porque uma das partes contractantes não póde, sem mutuo consenso, revogar, alterar, substituir, ou, por qualquer fórma, modificar as disposições dos convenios internacionaes, nem mesmo introduzir qualquer disposição ou prehencher qualquer omissão.

Que um ajuste internacional não póde ser revogado ou modificado, senão por mutuo accôrdo das partes contractantes, affirmou-o o Governo Brazileiro no alludido aviso de 15 de julho de 1862.

4.º — Se a disposição do art. 82.º do Regulamento de 15 de julho de 1859, pelo simples facto de ser posterior em data ao D. de 8 de novembro de 1851 — (o que aliás não é, considerado este diploma como accôrdo internacional entre Portugal e o Brazil) — devesse ser applicada ás heranças arrecadadas em conformidade da convenção vigente actualmente entre as duas nações, deviam pelo mesmo motivo ser tambem applicadas ás disposições de outros artigos e as de todo o regulamento.

E, por conseguinte, a arrecadação de heranças de subditos estrangeiros, fossem de que nacionalidade fossem, devia, a partir do citado regulamento, ser feita de harmonia com o mesmo diploma, considerando-se revogadas todas as convenções e accôrdos que a esse tempo o Brazil tivesse com outras nações. A seguir a doutrina, constante da resposta do ex-inspector d'alfandega do Rio Grande do Sul, chegariamos a tal conclusão, tão contraria aos principios mais rudimentares do direito.

5.º — Se a percentagem é uma compensação do trabalho dos que funccionam na arrecadação; se, na arrecadação das heranças dos subditos portuguezes, fallecidos nas condições do art. 2.º do D. de 8 de novembro de 1851, os funccionarios judiciaes não teem nem trabalho nem responsabilidade, porque os bens passam immediatamente ao deposito, administração e liquidação do agente consular, é claro que não ha razão juridica para justifical a, e, por conseguinte, não ha odio nem injustiça em não deduzil-a a favor d'elles (funccionarios judiciaes) como succederia se os bens fossem dos ausentes e defunctos nacionaes, ou d'estrangeiros com cuja nação o Brazil não tem accôrdos de reciprocidade, e a respeito dos quaes teem toda a responsabilidade e todo o trabalho de guardar, administrar e liquidar.

O contrario, por não ter razão de ser, seria iniquo e injusto.

De mais, o que se dá no Brazil com respeito á arrecadação de

espolio dos subditos portuguezes alli fallecidos, dá-se tambem em Portugal com respeito ás heranças dos brazileiros fallecidos n'este paiz, e onde ha reciprocidade de direitos e obrigações, não ha desegualdade.

*

* *

Eis os fundamentos porque não procedem as razões da 2.ª parte da resposta do inspector d'alfandega do Rio Grande do Sul.

Vigoraram, entre Portugal e o Brazil, durante quasi 20 annos, alguns accôrdos, regulando não sómente as attribuições e immunidades dos respectivos consules, mas ainda a fórma de arrecadação das heranças dos subditos de cada uma d'essas nações. Ora ninguem se lembrou de pagar, e nunca se pagaram, nem em Portugal nem no Brazil, aos funccionarios do juizo, percentagens dos bens arrecadados em harmonia com esses accôrdos.

Em 1880, porém, houve no Rio de Janeiro um juiz de ausentes da 2.ª vara, que, a proposito do espolio d'um subdito suisso, levantando a questão de percentagem, recorreu ao ministro de justiça, o qual, ouvindo o seu collega dos estrangeiros e a procuradoria da corôa e soberania nacional, publicou o referido aviso de 30 de outubro concebido nos seguintes termos:

> «Em resposta ao officio de 2 do mez passado, declaro a V. S.ª, d'accôrdo com a opinião emittida pelo ministerio dos negocios estrangeiros em aviso de 25 do dito mez, junto por copia, e com o parecer do conselheiro procurador da corôa, soberania e fazenda nacional, que as convenções consulares em vigor não alteraram de fórma alguma o art. 82.º do regulamento de 15 de junho de 1859, e por isso as pessoas ali indicadas têm direito aos *emolumentos* legaes nas arrecadações de heranças pertencentes a subditos estrangeiros.»

Depois da promulgação do Regulamento de 15 de junho de 1859 o Brazil assignou varias convenções consulares com differentes nações, e nenhuma d'ellas effectivamente alterou, nem tinha que alterar a disposição do art. 82.º do mesmo diploma, porque as altas partes con-

tractantes tiveram em vista por meio d'ellas regular as attribuições e immunidades dos respectivos consules e a fórma de arrecadação dos bens dos subditos da sua nação, e não se occuparam, como não podiam occupar-se, da arrecadação dos bens dos defunctos e ausentes nacionaes, ou d'outros estrangeiros.

Mas por tal facto a disposição do citado art. 82.º do regulamento de 15 de junho de 1859 tornar-se-ia applicavel ás arrecadações feitas pelos respectivos consules em conformidade das mesmas convenções?[1] Os accôrdos internacionaes celebrados pelas potencias não constituem Lei entre as partes outhorgantes? Não se estipulam por ellas condições e modo de proceder d'uma em relação a outra, não se contrahem, reciprocamente, direitos e obrigações? Não é pelo texto d'ellas que deve ser regulado o assumpto a respeito dos subditos das respectivas partes contractantes?[2]

Desde que a disposição supra invocada não revogou o principio de gratuidade, resultante da intervenção *ex-officio* da auctoridade territorial, estabelecida no D. de 8 de novembro de 1851, sem embargo de estar este diploma em vigor, como accôrdo internacional entre Portugal e o Brazil, muito antes da promulgação do regulamento de 15 de junho de 1859, claro é, que tal disposição não podia tornar-se extensiva ás arrecadações feitas em virtude das convenções posteriormente assignadas. E', assim, destituida da razão juridica a parte dispositiva do mesmo aviso.

Mas, pondo de lado a carencia de valor juridico da resolução, vê-se que tal aviso não estatuiu que os officiaes de juizo devam perceber percentagens pela arrecadação dos bens consularmente feita; reconheceu-lhes apenas o direito a emolumentos pelos actos que pra-

---

[1] Se as convenções não se referem ao regulamento, diz o sr. conselheiro Aquino de Castro, segue-se que os onus e obrigações n'elle impostas, com relação ás arrecadações communs feitas pelos funccionarios de juizo, não podem ser applicaveis ás que são effectuadas pelos consules, excepcionalmente regidas pelas convenções que tem força obrigatoria.

[2] Ninguem ignora, exprime o mesmo jurisconsulto brazileiro, que os tratados e convenções, celebrados d'accôrdo com os principios constituicionaes do estado, fazem parte da legislação do paiz, transformam-se, na phrase do Marquez de S. Vicente (Dir. Pub. Brazileiro n.º 337) em leis internas, que devem ser religiosamente observadas, pois que produzem direitos e obrigações reciprocas. E' a doutrina de Martins, *Direito das gentes* liv. 2.º cap 2.º, de Blutschli, *Direito Internacional* § 410, e de todos os publicistas modernos, sustentando que a obrigação de respeitar os tratados repousa sobre a consciencia e sobre o sentimento da justiça, como uma das bases necessarias para a organisação politica e internacional da sociedade.

ticassem, o que é cousa bem differente. Logo, aquelle aviso não póde servir de base para elles exigirem percentagens dos bens arrecadados exclusivamente pelos consules, ou arrecadados com intervenção d'elles.

Poderá servir de fundamento para deducção de emolumentos sobre os quaes ninguem levantou questão, nem sob o imperio de convenções que hoje não vigoram, nem sob o regimen do decreto de 8 de novembro de 1851.

*
* *

Como argumento contra a analyse e apreciação que acabamos de fazer do aviso de 20 d'outubro de 1880, observar-nos hão, talvez, que, se aquella resolução do ministerio da justiça empregou a palavra *emolumentos*, o officio do ministerio dos negocios estrangeiros de 25 de setembro de 1880, que lhe serviu de fundamento, usou da palavra — *percentagem* — tornando-a extensiva ás arrecadações feitas pelos consules estrangeiros.

Este officio é uma simples consulta, pela qual o ministro dos negocios estrangeiros emittiu a sua opinião, ou disse o que lhe parecia ao seu collega de justiça, que o quiz ouvir sobre o assumpto, a proposito d'uma duvida que apresentou um juiz, opinião que termina assim:

.....

.....

«No caso contrario, em que, por legitimo desvio da regra intervem o consul, se attendermos ao artigo 28.º [1] da convenção celebrada

---

[1] O artigo indicado da convenção de 25 de fevereiro de 1876 não póde ser 28, deve ser 27. Este artigo diz: — «Liquidada a herança o funccionario consular extrahirá dos respectivos documentos um mappa do monte partivel e remettel-o-ha á auctoridade local competente, acompanhado de uma demonstração da administração e liquidação.

«§ 1.º Estes dous documentos poderão, se a auctoridade local assim o requisitar, ser conferidos com os originaes, que para tal fim serão franqueados no archivo consular.

«§ 2.º A auctoridade local mandará juntar o mappa e demonstração ás copias authenticas dos termos da apposição e levantamentos dos sellos e arrolamento dos bens, e fará partilha, formando os quinhões, designando os tornas *se houver logar*.

«§ 3.º Em caso nenhum os consules serão juizes das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça; estas contestações serão submettidas aos tribunaes competentes.

com Portugal e aos equivalentes artigos de outras com diversas potencias, veremos que, depois de liquidada a herança, tem o funccionario consular de proceder a certos e determinados actos para habilitar a auctoridade local a fazer a partilha do monte.

«Embora essa auctoridade não appareça, senão no ultimo periodo d'um processo de arrecadação, todo presidido até então pelo consul, e *visto serem as convenções omissas sobre o ponto litigioso*, nem o juiz, nem o seu escrivão, *nem quem quer que, no fôro territorial, coopere para o acto de partilha*, deve ser privado de percentagem que a lei do paiz lhe marca.»

Mas a convenção luso-brazileira de 25 de fevereiro de 1876 não era omissa a tal respeito; ella, em qualquer dos casos especificados no seu artigo 16.º, excluia de todos os actos necessarios para a arrecadação, deposito, conservação, administração e liquidação os funccionarios do juizo territorial — actos para o conjunto dos quaes sómente o artigo 82.º do Regulamento de 15 de junho de 1859 lhes confere as percentagens como remuneração d'esse trabalho.

Ora, excluidos aquelles individuos de todos os actos que constituem o fundamento da percentagem, é claro que ficaram necessariamente excluidos da remuneração correspondente — *Sublata causa tollitur effectus.*

Mais:

O Regulamento de 15 de junho de 1859, reproduzindo os precei-

---

«§ 4.º A auctoridade local, depois de proferida a sentença de partilha, remetterá ao funccionario consular um traslado da mesma e do calculo respectivo.»

Mas d'estas mesmas disposições se infere claramente que a obrigação, imposta aos funccionarios consulares, de remetter á auctoridade local competente um mappa do monte partivel, acompanhado d'uma demonstração da administração e liquidação estava restricta aos casos em que a partilha tinha de ser feita pela competente auctoridade judiciaria na localidade em que se abria a herança.

N'estes casos os funccionarios consulares deviam fornecer os indicados esclarecimentos, que aliás ella não poderia fazer a partilha conforme fôsse de justiça.

Esta é a razão porque se lhes impôz a referida obrigação.

Mas em todos os casos em que a partilha não tivesse de ser feita no juizo territorial cessava a mesma razão, e por consequencia a obrigação a que ella servia de fundamento.

E, na maxima parte dos casos, ou a partilha não tinha logar no imperio do Brazil, ou era feita amigavelmente perante os funccionarios consulares, como se achavam previstos nos artigos 9.º, 20.º e 30.º da convenção de 25 de fevereiro de 1876.

tos dos anteriores, estabelece no seu artigo 82.º percentagem pela arrecadação, administração e liquidação — ao juiz, ao escrivão, ao procurador da fazenda, ao solicitador e ao curador.

Ora, nas arrecadações pelos consules, ou feitas em conformidade das convenções consulares, ou nos termos do decreto de 8 de novembro de 1851, não intervem senão o juiz e o escrivão. A quem se referirão então as palavras da consulta do ministerio dos negocios estrangeiros — *nem quem quer que coopere para o acto de partilhar?* Provavelmente aos avaliadores, aos partidores e ao official de diligencias.

Mas a disposição invocada não dá percentagem a taes entidades, estabelece-lhes emolumentos. Logo, a palavra *percentagem* foi empregada no sentido improprio, ou a consulta do ministerio dos negocios estrangeiros confundiu a taxa proporcional com a taxa fixa. [1]

Seja, porém, qual fôr o sentido em que tal palavra fôsse empregada, desde que o aviso do ministerio da justiça, que é objecto de analyse e que foi publicado como verdadeira resolução do governo, a despeito da opinião do ministerio dos negocios estrangeiros, deixando a palavra *percentagem*, usou da de *emolumento* — nada temos que vêr com o que diz a mesma consulta; devemo-nos regular pelo que contem o aviso.

III

Sem embargo do que fica exposto, para não deixar de exhibir tudo quanto apparece escripto e publicado a respeito de tal aviso, transcreveremos a resposta que ao encarregado da legação de Portugal no Brazil deu o ministerio dos negocios estrangeiros, explicando a referida consulta.

---

[1] O Sr. A. de Castro entendendo da mesma fórma exprime :

«Não sabemos a quem se refere o aviso; se aos avaliadores ou aos partidores, então confunde o aviso percentagens com emolumentos ou custas, a que tem direito todos quantos figuram no processo com caracter judicial. E tanto nos quer parecer que tal confusão existe, quanto é verdade que o aviso do ministerio de justiça, a que acompanha o de estrangeiros, não reproduz a palavra percentagem, e apenas diz que as convenções não alteram de fórma alguma o artigo 82.º do Regulamento de 1859, no que estamos de perfeito accordo, porque o artigo rege os casos a que se refere — *arrecadação judicial*, e que aqui se trata de *arrecadações consulares*.»

Eil-a:

«Rio de Janeiro, Ministerio dos Negocios Estrangeiros, 21 d'abril de 1881.

«Parece-me facil a explicação que o dr. Manoel Garcia da Roza, encarregado de negocios de Portugal, me pediu pela sua nota de 14 de janeiro proximo passado. Segundo o artigo 82.º do Regulamento de 15 de junho de 1859 para a arrecadação dos bens de defunctos e ausentes, o juiz, o escrivão, o procurador da fazenda e o solicitador teem direito a uma percentagem de 6 1/2 %, que entre elles se reparte na proporção determinada no mesmo artigo. Esse direito foi contestado ao juiz de ausentes da 2.ª vara da Côrte, pelo Consul geral da Suissa, e sendo o ministerio a meu cargo consultado pelo da justiça, deu razão ao juiz. [1]

«Esta foi a origem dos dous documentos publicados no *Diario official* de 29 de outubro proximo passado, cuja intelligencia o dr. Garcia deseja que eu lhe declare. Do que acabo de dizer conclue-se claramente que, respondendo á consulta do ministerio da justiça, referi-me, não aos emolumentos ordinarios, mas sim a percentagem de que trata o artigo 82.º do mencionado regulamento. O dr. encarregado de negocios não concorda na solução dada a este negocio, primeiro porque no seu entender só se refere ás heranças de nacionaes, e depois porque, quanto ás de estrangeiros, só seria applicavel áquellas que fossem administradas e liquidadas pelas auctoridades territoriaes. Ha n'isto porém manifesto equivoco, que desapparece, examinando se attentamente o regulamento e a convenção consular.

«O primeiro d'esses actos já existia quando se concluiu o segundo, e pois não podia deixar de referir-se ás duas especies de heranças, nacionaes e estrangeiras. Não excluiu a segunda especie, antes muito expressamente a comprehende na sua acção, desde que determina no artigo 33.º que, se o finado fôr estrangeiro, se participe immediatamente ao respectivo consul ou ao ministerio dos negocios estrangeiros, está entendido, sem cessar por isso a competencia da auctoridade territorial [2]. O segundo acto, isto é, a convenção não excluiu inteiramente aquella auctoridade nos casos em que pelo artigo 16.º, competem aos consules os actos necessarios para a arrecadação,

---

[1] Deu-a a quem não a tinha; e, se tinha razão, não tinha justiça.

[2] Houve, realmente, manifesto equivoco da parte de quem redigiu a nota supra do ministerio dos negocios estrangeiros, na percepção do preceito do artigo 33.º do Regulamento de 15 de junho de 1859.

guarda, conservação, administração e liquidação das heranças de seus nacionaes. Segundo o artigo 27.º, o funccionario consular é obrigado a remetter um mappa do monte partivel á auctoridade local, esta faz a partliha, fórma os quinhões, designa os tornos, profere a sentença de partilha e remette áquelle funccionario traslado da mesma e do respectivo calculo.

«O funccionario consular não póde em caso algum ser juiz das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça. Estas contestações devem ser submettidas aos tribunaes competentes. A percentagem marcada pelo artigo 82.º do Regulamento de 1859 não é, como parece ao dr. Garcia, destinada exclusivamente a remunerar o trabalho de arrecadação e liquidação das heranças, mas sim o conjuncto de todos os actos praticados pelos empregados do juizo, segundo o regimen do mesmo Regulamento. Alguns d'esses actos passaram a ser da competencia dos funccionarios consulares, mas outros continuam a ser praticados no juizo mesmo, em virtude da convenção, como se vê do citado artigo 27.º

«As convenções consulares não podiam estipular, nem estipularam, que seja gratuito o serviço prestado ás heranças estrangeiras, que as nacionaes tem de pagar; não aboliram os respectivos emolumentos, e se os de natureza ordinaria continuam a ser cobradas segundo os regulamentos *porque estes se acham em vigor, não sei porque razão serão privados da percentagem os funccionarios, a quem o Regulamento de 1859 a concedeu e que algum serviço continuam a prestar.* [1] A' vista do que acabo de expender creio que o dr. Garcia da Rosa não hesitará em reconhecer que a minha decisão não foi contraria á letra e ao espirito do Regulamento e da Convenção.

«Não sei o que se praticava antes d'este incidente, nem procurei sabel-o. Estudei a primeira questão que se me apresentou e resolvi-a imparcial e justamente.»

---

[1] Sobre este assumpto escreve o Sr. A. de Castro:

«Percentagens, custas, emolumentos ou salarios judiciaes, quaesquer que elles sejam, só são devidos quando auctorisados por disposição expressa e clara da lei que os regula.

«A dignidade de juizo não permitte interpretação ampliativa em assumptos que respeitam a vantagens d'essa ordem. Se a disposição legal é omissa, é dever do funccionario do juizo abster-se de reclamar o pagamento d'uma divida, que póde ser contestada, com fundamento nas regras geraes do direito. Ora, no caso presente, não ha disposição da lei ou Regulamento que auotorise a cobrança de percentagens.

As razões expendidas na explicação que acabamos de lêr, serão por ventura mais procedentes do que as que contém a propria consulta do ministerio dos negocios estrangeiros?

Vejamos:

Se pela simples comparação das datas se vê que o Regulamento de 15 de junho de 1859, lei interna do Brazil, é mais antigo do que todas as convenções consulares, que aquelle paiz assignou com differentes outros, retrocedendo um pouco na data, vê-se, igualmente, que aquelle diploma é mais moderno do que o de 8 de novembro de 1851, que foi promulgado como lei especial reguladora das attribuições e immunidades dos consules e da arrecadação dos espolios dos estrangeiros, cuja nação quizesse por ajuste internacional manter o principio de reciprocidade.

Lendo com attenção os dous diplomas de 1851 e de 1859, se conhece que o legislador não tratou n'este senão de arrecadação das heranças dos defuntos e ausentes nacionaes, e dos estrangeiros com cuja nação não houvesse tratado, ou o Brazil não mantivesse a reci procidade. E' a estes estrangeiros que se refere o artigo 33.º domesmo Regulamento, invocado na nota do ministerio dos negocios estrangeiros.

Esta disposição tem razão de ser, porque, se aos juizes não fosse imposta tal obrigação, como poderiam ter conhecimento do facto os herdeiros de estrangeiros n'essas condições, fallecidos no Brazil, residindo aquelles fóra d'este paiz? Como, sem a participação imposta no referido artigo 33.º, poderiam ser recebidas pelos respectivos herdeiros, que vivem em outros paizes, as heranças dos estrangeiros que, por falta de tratado com a sua nação ou por falta de reciprocidade, são arrecadadas, administradas, e liquidadas, exclusivamente, pelas auctoridades territoriaes?

Consignando no Regulamento de 15 de junho de 1859 tal preceito, o fim do legislador foi dar, por intermedio do respectivo consul, ou, na falta d'elle, do ministerio dos negocios estrangeiros, sciencia do fallecimento aos interessados, para elles, constituindo o seu procurador, poderem requerer no processo o que lhes convier, e receberem a herança ou o quinhão d'ella que lhes couber; e mesmo para, na ausencia dos interessados, poder o respectivo consul, como protector nato dos seus nacionaes, requerer o que fôr a bem do interesse d'elles, preceito que está em perfeita harmonia com o disposto no artigo 11.º do Regulamento de 27 de junho de 1845 atraz citado. Eis o motivo da disposição do artigo 33.º do já mencionado Regulamento de 1859, tão erradamente invocado na nota que vimos analysando, e a

qual, longe de se prestar ás illações deduzidas no referido documento, subministra argumentos a favor da doutrina que defendemos.

E como é que o regulamento de 15 de junho de 1859 havia de tratar do espolio de todos os estrangeiros, se elle, abrangendo as disposições de iguaes diplomas anteriores e introduzindo algumas modificações, não revogou a excepção que estes faziam com respeito ás heranças dos estrangeiros, *cuja nação tivesse tratados com o Brazil e em que houvesse estipulações contrarias*, como atraz se demonstrou? [1]

Como é que esse diploma podia occupar-se de todas as heranças estrangeiras, se, quando foi promulgado, existia o regulamento de 8 de novembro de 1851, aprovado por decreto da mesma data, segundo o qual as heranças dos estrangeiros cuja nação mantivesse com o Brazil a reciprocidade e que fallecessem nas circumstancias n'elle especificadas, eram arrecadadas com intervenção do respectivo consul, a quem eram confiados o deposito, a administração e a liquidação dos bens; e se, n'essa data, elle vigorava como accôrdo internacional *entre Portugal e o Brazil e continuou* a vigorar até o anno de 1863, e vigora novamente ainda hoje com relação a Portugal, França, Hespanha e Italia, e ultimamente com relação á Allemanha?

Que o tal decreto vigorava até 1863, como regimen de reciprocidade entre Portugal e o Brazil, prova-o o aviso do governo brazileiro n.º 404 de 29 d'agosto d'aquelle anno de 1863, expedido pelo ministerio de fazenda. Que continúa a vigorar novamente, desde 1884, em que foi denunciada a ultima convenção luso-brazileira, dil-o o mesmo governo em circular de 4 de março de 1887, expedida pelo ministerio de justiça, e em varias resoluções posteriores, sendo uma d'ellas o protocollo assignado em 29 de maio de 1896 pelo ministro das relações exterio-

---

[1] Ouçamos o Sr. Conselheiro Aquino de Castro:

«O Regulamento de 1859 reproduzindo a disposição do Regulamento anterior de 9 de maio de 1842, artigo 26.º, dá, como vimos, percentagens aos funccionarios do juizo, porque a estes incumbiu o trabalho de arrecadação, inventario, avaliação e arrecadação dos bens pertencentes aos espolios dos defunctos e ausentes, houvesse ou não testamento. Mas o Regulamento de 1842, base do de 1859, sujeitando as heranças jacentes de subditos estrangeiros ás disposições do direito commum, resalvou ao mesmo tempo o caso de pertencerem a nações com quem existam tratados contendo estipulações diversas e especiaes.

«Ora sendo este principio de inteira justiça, *implicitamente comprehendido nas disposições posteriores* e havendo com Portugal convenção, dando aos consules attribuições que competiam ao juizo, é logico que se tenha por prejudicado o direito de perceber o juizo vantagens pecuniarias, que correspondem a serviços que não foram, nem podiam ser prestados.»

res do Brazil e o encarregado dos negocios de Portugal e o D. brazileiro n.º 2292 de 1 de junho do mesmo anno. [1]

E, se o regulamento de 15 de junho de 1859 não tratou da arrecadação das heranças dos estrangeiros, com cuja nação o Brazil mantinha a reciprocidade, e, se por tal facto a disposição do art. 82.º d'a-

---

[1] Tal é o texto do 1.º aviso:

«Em resposta ao seu officio n.º 39 de 25 de maio ultimo, communico aV. Ex.ª para seu conhecimento, e para que faça constar á thesouraria da fazenda d'essa provincia, que não são procedentes as razões em que se apoia para não entregar ao consul portuguez a quantia de 739$863, reclamada pelo mesmo consul, proveniente do espolio do subdito portuguez José Luiz Thomaz, fallecido intestado no Alto Mearim, sem herdeiros presentes; por quanto sendo a arrecadação dos espolios dos subditos portuguezes regulada pelo D. de 8 de novembro de 1851, em virtude do tratado de reciprocidade entre o Brazil e Portugal — cabe sem contestação aos agentes consulares a arrecadação, liquidação e guarda dos espolios dos subditos portuguezes, salvo os casos exceptuados no citado decreto; e portanto, cumpria que a mesma thesouraria entregasse ao mencionado consul o espolio em questão, depois de deduzidos e pagos os respectivos direitos, independente da justificação exigida por ella com o fundamento de saber se existiam ou não herdeiros, para no caso negativo ser considerado vago e devolvida a fazenda; visto como na hypothese vertente não tem applicação a disposição do art. 11.º § 2.º do Regulamento de 15 de junho de 1859, e mesmo a circular de 13 de maio de 1861, que não póde ser applicavel ás heranças de subditos das nações com as quaes existe tratado de reciprocidade. Cumprindo, entretanto, que no caso de não ser possivel a prova exigida pelo art. 3.º do supracitado Regulamento de 1851 se cobrem os direitos pelo maximo da taxa, como é praxe, sem prejuizo da fazenda nacional. — *Marquez d'Abrantes.* — Sr. presidente da provincia do Maranhão.»

Eis a circular:

«2.ª secção.—Rio de Janeiro, 4 de março de 1887. — Ministerio dos negocios de justiça. — Circular. — Ill.mo e Ex.mo Sr. — Suscitando-se duvidas sobre a intelligencia da circular de 27 de fevereiro do anno passado, declaro aV. Ex.ª, d'accordo com o que resolveu o ministro da fazenda e para o fazer constar aos juizes de orphãos e ausentes d'essa provincia, que a referida circular não tem applicação quando os funccionarios consulares arrecadam e liquidam os espolios dos subditos fallecidos da sua nação, na conformidade das respectivas convenções, ou na falta d'ellas, das disposições do D. n.º 855 de 8 de novembro de 1851, e sim nos casos em que elles tivessem de receber o que se houver liquidado sem sua intervenção e como representantes dos herdeiros ausentes, devendo em todo caso proceder á entrega dos bens auctorisação do juizo de arrecadação *para se verificar se com effeito os bens podem ser entregues ou se foram pagos os direitos fiscaes.* — *Joaquim Delfino Ribeiro.*»

O protocollo e o decreto adiante serão transcriptos.

quelle diploma não póde ser applicada ás heranças arrecadadas, segundo o regimen do de outro de 8 de novembro de 1851, como poderia a mesma disposição ser applicavel aos espolios arrecadados, administrados e liquidados, segundo as convenções posteriores?

A circumstancia de a arrecadação, administração e liquidação das heranças dos subditos de algumas nações terem sido reguladas pelas convenções consulares, assignadas com o Brazil muito depois da publicação do alludido regulamento de 15 de junho de 1859, longe de justificar a opinião do ministerio dos negocios estrangeiros exarada na consulta, é argumento contra-producente, porque é principio geral de hermeneutica juridica que uma lei especial posterior revoga a lei geral anterior, na parte de que ella trata e com relação aos individuos a que se refere. [1]

O regulamento de 15 de junho de 1859, legislando sobre a arrecadação dos bens dos defunctos e ausentes pelas auctoridades territoriaes, especifica todos os actos que ellas tem de praticar com relação a taes bens. No artigo 12.º, mandando que sejam arrecadados, inventariados, avaliados e arrematados, e recolhido o producto aos cofres publicos, regula nos artigos subsequentes o processo a seguir na arrecadação, administração, apuramento e entrega d'elles.

E, no art. 82.º, estabelece percentagens aos funccionarios do juizo sobre os bens que se arrecadarem e apurarem, sem se referir á formação de quinhões, designação de tornos, e sentença, actos estes cujo conjunto constitue a partilha judicial, e, por conseguinte, sem allusão a esta partilha, e tanto que no juizo orphanologico são deduzidas logo depois de apuramento dos bens, e sem esperar por actos posteriores.

Logo, o fundamento da percentagem é apenas a arrecadação, administração e liquidação dos bens dos defunctos e ausentes, e por isso não póde ella deixar de ser reputada como retribuição do trabalho d'estes actos, e não da partilha e resolução das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, operações que não estão comprehendidas nos actos taxativos dos art.os 82.º e 83.º do mesmo Regulamento.

Isto é claro e resulta da leitura pausada d'aquelle diploma, e até pela pratica se vê que nas arrecadações, feitas exclusivamente pelo juizo orphanologico, as percentagens são pagas sómente aos funcciona-

---

[1] A tal respeito escreve o sr. O. A. de Castro:

«E, por isso mesmo que as convenções consulares são de data posterior ao regulamento geral de 1859, é que não podem ser por elle regidas, sendo o fim especial das convenções regular, por meio de concessões reciprocas, a applicação da lei aos casos occorrentes, com as modificações acceitas pelas partes.»

rios que cooperaram n'esses actos, e não aos que mais tarde porventura os venham substituir.

E tanto o proprio regulamento de 15 de junho de 1859 reconheceu que é pela arrecadação, administração e liquidação effectivamente realisadas no juizo de ausentes que as percentagens se tornam devidas, que nos art.os 4.º e 5.º estatue que, quando taes operações apenas sejam iniciadas e não concluidas, por sobrevirem herdeiros, não haja deducção d'ellas.

O monte partivel é o liquido da herança. Segundo a ultima convenção luso-brazileira, o consul tinha obrigação de remetter o mappa de monte partivel quando tivesse de ser feita a partilha; mas desde que não houvesse necessidade d'aquella operação, já porque era unico o herdeiro a quem passava indivisa a herança, já porque sendo todos os herdeiros representados por um só procurador, ou por muitos, concordavam em partilhar amigavelmente os bens de herança depois de pagos os direitos fiscaes, entre si, ou perante o consulado, como lhes facultavam as leis e o artigo 9.º do mesmo diploma de 1876 e o § 18.º do accôrdo intrepretativo, cessava tal obrigação, e por conseguinte não havia que se fazer judicialmente nem quinhões, nem tornas, nem havia que proferir sentença. E então por que actos se deduziria percentagens a favor dos funccionarios do juizo?

E as convenções consulares não podem estipular, e nem estipularam, a gratuidade de intervenção judicial ou do serviço prestado pelas auctoridades territoriaes na arrecadação das heranças dos estrangeiros? Como se explica então o principio consagrado em tantas convenções entre os paizes d'Europa e America — *sans que pour sa intervention elle puisse éxiger des droits d'aucune espèce?*

Mas, admittido mesmo, que as convenções consulares, a que se refere a consulta do ministerio dos negocios estrangeiros, fossem realmente omissas ou ambiguas, podia o ministro da justiça declarar, por um simples aviso, extensiva ás arrecadações dos bens dos estrangeiros feitas consularmente a disposição d'um artigo da lei interna? Não faltava competencia ao poder do Estado para intrepretar, ampliar, modificar, restringir ou supprir qualquer omissão dos convenios internacionaes sem accôrdo da outra parte outhorgante? Que valor e força obrigatoria póde ter aquella resolução com respeito á arrecadação das heranças dos subditos da nação com a qual, existindo accôrdo internacional, não se fez combinação sobre o assumpto? [1]

---

[1] Sobre este assumpto exprime o já alludido jurisconsulto brazileiro:

«Antes de tudo convem notar que, pelas considerações que ficam feitas, não podia a duvida ser resolvida pelo governo em fórma de aviso e sem accôrdo de

E' uma maxima geral de justiça e equidade qee um grande mestre da sciencia do direito das gentes synthetisou nos seguintes termos e que nenhum publicista deixou de seguir:

> «Ni l'un ni l'autre des interessés ou des contractants n'est en droit d'interpréter à son grè l'acte ou le traité; car si vous êtes le maître de donner à ma promesse le sens que vous plaira, vous serez le maître de m'obliger à ce que vous voudrez contre ma intention, et au delà de mes véritables engagements; et réciproquement, s'il m'est permis d'expliquer à mon grè mes promesses, je pourrai les rendre vaines et illusoires, en leur donnant un sens tout différent de celui qu'elles vous ont présenté, et dans le quel vous avez dû les prendre en les acceptant.»

Todos sabem que em 1871 as grandes potencias da Europa, reunindo-se na côrte de Londres, declararam em conferencia que adoptavam *como principio essencial do direito internacional, que nenhum Estado póde apartar-se das obrigações d'um tratado se não com o assentimento das outras partes contractantes por meio d'um arranjo amigavel.*

Tão incontroverso, tão essencial e tão universalmente aceito é esse principio, que um publicista norte-americano, referindo-se á tal declaração, apostrophou-a da fórma seguinte:

«E' triste pensar que as mais civilisadas potencias do mundo julgaram necessario fazer similhante declaração no anno de 1871!»

E, como já vimos, o proprio governo brazileiro no já citado aviso de 15 de julho de 1862 reconheceu que um ajuste internacional, só por outro ajuste internacional póde ser modificado.

---

quem foi comparte na convenção. Os tratados e convenções internacionaes tem força de decreto, são sob essa forma expedidos, e não podem ser alterados por um simples aviso. Se omissão houve, como o reconhece o proprio governo, cumpria que pelos meios regulares fosse preenchida como complemento das disposições tomadas de commum accôrdo. E bastava que tal omissão houvesse para que deixasse de ser exigivel a satisfação d'um onus que não foi explicita e terminantemente declarado no contracto. Condições onerosas não se presumem; fazem-se effectivas quando comprovadas. Na duvida manda o Cod. Civ. Franc. artigo 1162, que a convenção se interprete contra aquelle que a estipulou, e em favor d'aquelle que contrahiu a obrigação.»

IV

Apezar de ser tão corrente em direito internacional a doutrina expendida, invocando erradamente esse aviso, contra toda a legalidade perante o direito civil e o direito publico, João Braulio de Moniz, Manoel Rodrigues de Queiroz e Thomaz da Costa Rabello, escrivães e solicitador do juizo de ausentes de 2.ª vara, intentaram em 1885 uma acção executiva contra o consulado de Portugal no Rio de Janeiro, reclamando percentagens pelo producto das arrecadações de todas as heranças dos subditos portuguezes, feitas sob o imperio das convenções, e em que nem se quer appareceram *no ultimo periodo de processos de arrecadação, administração e liquidação, todos exclusivamente presididos até o fim pelo consul.*

E o juiz da 1.ª instancia, firmando-se no mesmo aviso, deferiu a penhora sobre a quantia depositada n'um banco, que aliás não pertencia ao agente consular, nem ao seu governo, mas a outras heranças ainda em arrecadação e sob um novo regimen.

Deduzidos embargos contra a penhora, foram julgados improcedentes. D'essa sentença se interpôz appellação, que foi recebida só no effeito devolutivo. Mas aggravou-se para a Relação do Rio de Janeiro, onde se obteve provimento pelo seguinte

ACCORDÃO

«Accordam em relação que, vistos e relatados os presentes autos, etc., dão provimento ao aggravo para que seja a appellação recebida em ambos os effeitos, porquanto o mandado, com os requisitos exigidos no artigo 205.º do Regimento n.º 5737, é indispensavel para que se dê o executivo que auctorisa essa disposição.

«Pagas as custas, etc. — Rio, 5 de junho de 1885.»

Minutada a appellação seguiu seus termos, e foi proferido pelo mesmo Tribunal o accordão que segue:

ACÇORDÃO

«Accordam em relação, que expostos os autos, annullam o processo, que correu tumultuariamente. A sentença appellada, desprezando os embargos de fl. 31, julgou regular e válida a penhora de fl. 21,

effectuada na quantia de 28:813$649 réis, que o consul geral de Portugal havia depositado em conta corrente no Banco Rural e Hypothecario para o pagamento, não só de percentagens pelos appellados reclamadas, como tambem de direitos fiscaes. Tal penhora, porém, é inteiramente insubsistente. Entendeu o juiz *a quo* que no juizo dos ausentes podia tratar-se da cobrança de direitos fiscaes sem a intervenção do advogado e representante da fazenda nacional. As dividas ao estado cobram-se executivamente; mas ao procurador dos feitos incumbe promover o processo no juizo dos feitos, sendo preciso que ellas se achem perfeitamente liquidadas á vista das certidões authenticas extrahidas dos respectivos livros. Indevida e incompetentemente, pois, foi feita e julgada valida a penhora fl. 21 no juizo de ausentes para a cobrança de direitos fiscaes. E' ainda inválida aquella penhora no tocante ao pagamento das percentagens.

«O escrivão e officiaes de justiça teem acção executiva para o recebimento dos seus emolumentos e salarios; mas a base da acção é a conta feita pelo contador. Não se pagam judicialmente dividas illiquidas, e o meio legal da liquidação dos emolumentos, salarios e custas, é a mencionada conta, conforme o artigo 205.º do decreto n.º 5747 de 2 de setembro de 1844. Informou o contador a fl. 2 v. que não podia fazer a conta das percentagens pretendidas pelos appellados por falta de base; não obstante essa informação, fez-se a penhora de fl. 21 considerada valida pela sentença de fl. 83.

«Na sentença appellada, disse o juiz que não podia ser tida como illiquida a quantia pedida, visto resultar ella de taxa certa e estabelecida em mais de um regulamento; mas os salarios, emolumentos e custas tambem teem taxa certa e estabelecida, e nem por isso deixam de ser contados para serem pagos. A prevalecer a doutrina do juiz *a quo*, o officio de contador seria escusado. Allegaram os appellados a fl. que, sendo as percentagens cousa differente das custas, não era applicavel áquellas o citado artigo 205.º do decreto n.º 5:747; não pensaram elles assim quando a fl. 2 requereram o executivo determinado pelos artigos 98.º da lei de 3 de dezembro de 1841, 467.º do regulamento n.º 120 de 31 de janeiro de 1842, e 40.º do de 15 de março do mesmo anno, pois que estes artigos tratam da cobrança executiva dos emolumentos, salarios e custas, e todavia acharam que eram applicaveis á cobrança das percentagens. [1]

[1] Os appellados reconheciam e allegavam que a percentagem é cousa bem differente dos emolumentos e das custas, e, comtudo, fundaram-se n'um aviso, que resolveu que os serventuarios do juizo tinham direito a *emolumentos*, para pedirem *percentagens!*

«Pelo que, e pelo mais que dos autos consta, julgando nullo o processo, condemnam os appellados ao pagamento das custas. — Rio, 23 de outubro de 1885.»

Offerecidos embargos a este accordão foram desprezados nos termos seguintes:

ACCORDÃO

«Accordam em relação, etc. Que desprezam os embargos de fl... por quanto prevalecem os fundamentos do accordão, que decretou a nullidade do processo por falta de base para a acção executiva. — Rio, 18 de dezembro de 1885».

O advogado cessionario do primeiro appellado interpoz o recurso de revista, mas não o fez seguir para o tribunal superior, promovendo em 1886 novo processo executivo.

Comquanto o accordão supra transcripto de 23 d'outubro de 1885, annullando o processo em parte por incompetencia do juizo *a quo*, e em parte pelo caracter illiquido do pretenso debito, não tivesse tomado conhecimento da questão substantiva, de saber se a divida era ou não legal, todavia, a mesma Relação em accordão proferido no novo processo de execução que pelo cessionario dos referidos serventuarios foi intentada, confirmou em 1887 a doutrina do accordão anterior, proferido n'um outro processo executivo promovido pelo procurador dos feitos contra o mesmo consulado, e que abaixo será inserido.

D'este segundo accordão proferido no novo processo de execução, o cessionario dos serventuarios do juizo interpoz a revista para o Supremo Tribunal de Justiça, que não lhe deu provimento, ficando assim sanccionada pelos tribunaes superiores do Brazil a doutrina, de que os serventuarios do juizo não teem direito ás percentagens pelas arrecadações feitas consularmente.

Não transcrevemos os dous ultimos accordãos da Relação do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal de Justiça, a que acima nos referimos, por não termos podido obter as suas copias.

Igual acção promoveu contra o consulado de Portugal um procurador dos feitos de fazenda pedindo tambem percentagem a que se julgava com direito, de todas as heranças arrecadadas pelo mesmo consulado segundo as convenções.

Feita a penhora, offerecidos os embargos, interpostos os compe-

tentes recursos da sentença da 1.ª instancia que os desprezou, a Relação proferiu o seguinte accordão:

«Accordam em relação, etc. — *Julgam procedentes e provados os embargos* de fl. 19 oppostos pelo consul geral de Portugal á penhora, que consta do auto de fl. 15, a qual mandam levantar, reformando assim a sentença de fl. 60 v. que os desprezou.

«Considerou o juiz *a quo* devidas as percentagens que reclamou o appellado, por força dos decretos de 9 de maio de 1842 e de 15 de junho de 1859, por nada ter a tal respeito innovado a convenção consular, da qual se soccorreu o appellado; aquelles decretos, porém, não podem solidamente fundamentar a decisão appellada.

«O regulamento de 9 de maio de 1842, no artigo 26.º, deu ao procurador da fazenda 1 por cento do producto, do que se arrecadasse e apurasse dos bens mencionados nos artigos antecedentes; mas o artigo 16.º havia disposto que as heranças dos bens de defunctos e ausentes fossem arrecadados, inventariados e partilhados com audiencia d'aquelle empregado, o qual devia, em virtude do artigo 17.º, assistir a todos os actos de arrecadação e inventario dos ditos bens, para fiscalisar a exactidão d'esses actos e a certeza das dividas, sendo elle tambem incumbido pelo artigo 18.º de promover o andamento das arrecadações e inventario dos bens de defunctos e ausentes.

«Essas mesmas obrigações foram impostas ao procurador da fazenda pelos artigos 66.º 67.º e 68.º do regulamento n.º 2433 de 15 de junho de 1859; e por isso, pelo artigo 82.º, foi-lhe egualmente dado 1 por cento do producto que se arrecadasse e apurasse dos bens mencionados nos artigos antecedentes.

«Os regulamentos de 9 de maio e de 15 de junho, pelo juiz aqui citados ou invocados na sua decisão, referem-se á arrecadação dos bens de defunctos e ausentes, em geral, e eram percentagens ao procurador dos feitos e aos serventuarios do juizo de orphãos e ausentes como uma remuneração do trabalho ou serviços que prestavam a tal respeito, e como um incentivo para serem diligentes.

«Depois do decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851, que determinou que a arrecadação e liquidação das heranças estrangeiras fossem feitas pelas auctoridades locaes, com a intervenção e assistencia dos agentes consulares, foi expedido o decreto n.º 3145 de 27 de agosto de 1863, mandando observar e cumprir a convenção entre o Brazil e Portugal, regulando os direitos, privilegios e immunidades reciprocas dos consules, concluida e assignada no dia 4 de abril do mesmo anno de 1863.

«Tendo o artigo 13.º d'essa convenção originado conflicto de attribuições entre as auctoridades locaes d'este imperio e os agentes consulares do reino de Portugal, foi concluido e assignado, aos 23 de maio de 1867, um acordo entre o ministro dos N. E. do Brazil e o ministro plenipotenciario de Portugal, e foi expedido o decreto n.º 3935 de 21 de agosto de 1867, regulando a execução do referido artigo 13.º Este decreto, no § 97.º, especifica as attribuições dos agentes consulares nos casos em que, nos termos do § 4 º, lhes compete exclusivamente a administração e liquidação das heranças dos seus nacianaes, fallecidos no Brazil.

«A convenção consular de 25 de fevereiro de 1876 deu aos consules competencia exclusiva no artigo 21.º para a arrecadação, administração e liquidação da herança estrangeira nos casos do artigo 16.º, isto é, quando os herdeiros forem desconhecidos, menores, ausentes, etc; só correndo a liquidação pelo juizo territorial nos casos do artigo 17.º

«O appellado não pretende haver percentagem da arrecadação de bens effectuada pelo juizo de orphãos e ausentes, mas sim da que foi feita pelo consulado geral de Portugal, de conformidade com as disposições dos artigos 16.º e 21.º da convenção consular de 25 de fevereiro de 1876; não lhe póde, pois, aproveitar o artigo 82.º do decreto de 15 de junho de 1859, por elle invocado na petição fl. 2.

«Não tendo o appellado tido, nem podendo ter, intervenção alguma na arrecadação dos bens, de que pretende percentagens, é injustificavel a sua pretenção.

«O aviso do ministerio da justiça de 20 de outubro de 1880, expedido de accôrdo com o do ministerio de estrangeiros de 25 de setembro d'aquelle mesmo anno, não apoia a reclamação do appellado. Se, como diz o aviso de 25 de setembro, a auctoridade local não apparece senão no ultimo periodo de um processo de arrecadação todo presidido pelo consul, essa auctoridade tem direito a emolumentos pelos actos que praticar n'esse ultimo periodo; não se segue, porém, que o tenha a percentagem de arrecadação que não fez, e para a qual de modo algum concorreu.

«Se, conforme o mesmo aviso de 25 de setembro, alguns consules pozeram em duvida o pagamento de percentagens, por n'ellas não fallarem as respectivas convenções, essa duvida não podia ser resolvida por um aviso.

«Assim como as duvidas sobre o artigo 13.º da referida convenção mandada cumprir e observar pelo já dito decreto de 27 de agosto de 1863 foram resolvidas por um accôrdo entre o ministro dos nego-

cios estrangeiros do Brazil e o plenipotenciario de Portugal, sendo expedido o já mencionado decreto de 21 de agosto de 1867, tambem por accôrdo devia ser resolvida a duvida sobre as percentagens de que se trata. A convenção é um contracto, e nenhuma das partes contractantes tem o direito de por si só interpretar o acto ou tratado celebrado entre elles.

«Pelo que, ainda mesmo admittindo-se que podesse ser aceita a conta de fl. 3, que serviu de base ao executivo, não podia subsistir a penhora de fl. 15 á vista do exposto.

«Assim julgando procedente a appellação pelo consul geral de Portugal interposta, da sentença de fl. 60 v., condemnam o appellado a pagar as custas.— Rio 14 de dezembro de 1886.— *Faria.— P. Leal. — Ovidio de Loureiro.— Pindahyba de Mattos.*

Assim terminaram as questões que os pleiteantes de má fé levantaram para se locupletarem com o que lhes não era devido por titulo juridico, defraudarem heranças collocadas sob a egide das garantias internacionaes, e causarem a desordem, a instabilidade e o menospreso da gerencia consular portugueza.

Com taes arestos foram levantadas as penhoras feitas sobre bens que não eram do funccionario consular, nem do respectivo governo, mas de espolios em arrecadação, e que o inhibiam de exercer as suas mais importantes funcções, e de cumprir obrigações sacratissimas, com grave prejuizo de terceiros, completamente extranhos á questão, de saber se as percentagens pela arrecadação de outros espolios são ou não devidas aos officiaes do juizo territorial.

Reclamando contra essas penhoras e contra varios outros factos, n'um bem desenvolvido *memorandum*, dirigido ao governo brazileiro, disse então o Sr. Conselheiro Nogueira Soares, distinctissimo diplomata portuguez, que, pela sua illustração, incontestavel competencia, seriedade de caracter e provado zelo, mereceu sempre, não só inteira confiança do respectivo governo, mas tambem estima e consideração do governo perante o qual estava acreditado:

> «E o que mais deve penalisar Sua Magestade Fidelissima, o seu governo e todos os seus subditos é que, sendo perfeitamente identicas as estipulações das convenções em vigor com outros paizes, e identicas tambem as circumstancias em que se achavam os consulados d'esses paizes, os tribunaes bra-

zileiros sómente ordenassem penhoras executivas contra os consulados de Portugal. Allega-se, é verdade, que as heranças arrecadadas pelos consulados portuguezes são mais importantes do que as arrecadadas por outros consulados. Mas o maior interesse, que por ventura possam ter os officiaes do juizo em cobrar as respectivas percentagens, não constitue melhor titulo do direito a estas percentagens, nem legitíma de modo algum a desegualdade com que é tratada uma nação que, sendo irmã da nação brazileira, é tambem a sua primeira amiga e alliada.

«Os motivos que determinaram tão injustificavel desigualdade devem de ser outros, e occorrerão naturalmente a todos os espiritos imparciaes. Os officiaes ou os seus advogados não podem ignorar que as buscas, investigações e penhoras executivas, tumultuariamente feitas nos archivos dos consulados estrangeiros para os obrigar ao pagamento das pretendidas percentagens por actos que em virtude de convenções em pleno vigor, competem exclusivamente aos agentes consulares, constituem uma violação flagrante de direito internacional, violação que, na opinião dos mais auctorisados publicistas, dá direito a uma reparação de perdas e damnos; não podem ignorar que a Allemanha, a França, a Italia, a Hespanha não deixariam de exercer este direito, se taes buscas e penhoras fossem feitas nos seus consulados; e que, embora o Brazil tenha no numero e no patriotismo dos seus habitantes, nos seus recursos naturaes, e na sua posição geographica, sobejas forças para repellir qualquer ataque contra os seus direitos ou contra a sua dignidade, o governo imperial, unico responsavel perante os governos estrangeiros pela execução dos tratados, não consentiria que as auctoridades locaes de qualquer ordem e jerarchia provocassem, por um procedimento de todo o ponto insustentavel á face do direito das gentes, justas reclamações que elle não poderia deixar de attender. Para que hão de então as auctoridades judiciaes collocar Por-

tugal na tristissima e dolorosissima collisão de romper tantos e tão intimos e sagrados vinculos como os que o unem ao Brazil, ou acceitar uma posição tão desigual e humilhante com relação a outras nações? Forçoso será confessar que difficilmente se póde conceber um procedimento menos conforme com os sentimentos da justiça e magnanimidade que a nobre nação brazileira não deixa de manifestar para com todas as outras nações, e especialmente com os sentimentos de fraternal e cordial amisade que a unem á nação portugueza.»

O governo brazileiro, sobre as reclamações da legação portugueza a proposito das questões da percentagem, ouviu em duas epochas differentes (gabinete Dantas e gabinete Cotegype) o conselho de Estado, e em ambas as vezes este superior tribunal consultivo, apesar de não serem os mesmos vogaes, mas composto sempre de homens eminentes como o Sr. Marquez de Paranaguá, deu parecer contra a pretenção dos serventuarios do juizo.

Sobre as mesmas questões debatidas no juizo de ausentes da 2.ª vara do Rio de Janeiro emittiu, a pedido do Sr. Nogueira Soares, a sua auctorisadissima opinião o eminente jurisconsulto brazileiro, uma das glorias d'aquelle paiz, e que, pelos seus profundos conhecimentos, elevada illustração e caracter de justiça no longo tyrocinio da vida publica, chegou hoje a occupar dignamente a posição de patriarcha da magistratura federal da grande Republica.

N'esse luminoso parecer, o Sr. Conselheiro Ollegario Aquino de Castro demonstra, juridica e brilhantemente, a falta de fundamento para os funccionarios de juizo pedirem percentagens pela arrecadação dos bens consularmente feita, e a improcedencia do aviso de 25 de setembro de 1880.[1]

O procedimento do procurador fiscal, pretendendo as percentagens relativas á arrecadação em que o governo, de quem era directo agente, lhe vedava intervir, demonstra á saciedade que não era uma remuneração que se demandava, mas a extorsão d'um imposto ille-

---

[1] Da primeira parte d'este parecer expendido com a epigraphe «*Nas arrecadações de espolios feitas pelos consulados, de conformidade com as respectivas convenções, tem os funccionarios do juizo territorial direito ás percentagens?*» tendo nós transcripto nas notas precedentes alguns trechos, não podemos resistir á tentação de transcrever por appenso a este trabalho a 2.ª parte.

galmente decretado a favor de certos individuos, mais odioso e iniquo do que os obsoletos direitos de detracção.

Não eram só as convenções anteriores e o D. de 8 de novembro de 1851 que não-admittiam, nas arrecadações feitas em conformidade dos seus preceitos, a intervenção do procurador fiscal ou do procurador dos feitos; era o aviso do ministerio da fazenda n.º 458 de 2 de outubro de 1863, que declarou que os procuradores fiscaes e mais agentes de fazenda não podem intervir nas arrecadações e inventarios a que procederem os consules e outros agentes consulares, por não ser facultada a sua audiencia.

E porque havia de ser facultada a intervenção do procurador fiscal ou de qualquer agente de fazenda, se aquelles diplomas estabeleceram, em similhantes arrecadações, a intervenção juridica da auctoridade territorial com o fim de fiscalisar os direitos eventuaes que a fazenda publica podia vir a ter?

E', portanto, abusivo e illegal o systema que em alguns logares do Brazil se segue de, nas arrecadações de espolios de subditos portuguezes, feitas em conformidade do D. de 8 de novembro de 1851, accordar os inspectores d'alfandegas de localidade.

Quarta parte

I

Emolumentos e percentagens consulares

PARECERÁ talvez, que se os funccionarios judiciaes não teem direito ás percentagens e emolumentos por as disposições atraz invocadas o não permittirem, não o devem tambem ter, por egual razão, os funccionarios consulares.

Não corre, porém, a paridade, já porque não são iguaes as condições d'uns e d'outros, já porque não é a mesma a lei a applicar-lhes. Nos casos em que, segundo o D. de 1851, se procede á arrecadação dos espolios pelo juizo territorial conjuntamente com os agentes consulares, estes guardam, administram e liquidam, emquanto que os funccionarios judiciaes limitam-se tão sómente a arrolar conjuntamente com elles os bens, e a entregar-lh'os, exercendo assim, puramente, attribuições juridicas de soberania territorial.

Ora, se os proventos (fixos e proporcionaes, emolumentos e percentagens) constituem a retribuição do trabalho, é claro que tal retribuição, n'esses casos, compete aos funccionarios consulares, que teem todo o trabalho e toda a responsabilidade, e não aos funccionarios judiciaes; a estes, como já vimos, não só o D. de 1851 denega os emolumentos, mas o proprio regulamento de 1859 não lhes dá direito a percentagem.

E' verdade que o D. de 1851 nada dispõe ácerca de emolumentos consulares (fixos e porporcionaes), e nada podia dispôr a tal respeito, porque os emolumentos consulares não são estatuidos pelas leis do paiz, onde os consules exercitam as suas funcções; nem constituem objecto de conveniencia entre os Estados. Cada nação legisla como lhe approuver sobre o serviço interno dos seus consulados, e ácerca das taxas a exigir pelos actos que os respectivos consules praticam. Nem podia deixar de ser assim, porque os consules são funccionarios publicos, representantes do seu governo, protectores natos dos seus nacionaes, praticam actos de jurisdicção administrativa que dizem respeito a estes. Se a taes nacionaes, que vivem no estrangeiro, acompanha sempre o estatuto pessoal, a lei do seu paiz, podiam deixar de acompanhar os consules, no desempenho das suas funcções que lhes são commettidas por delegação do seu governo, as leis da sua nação?

Mas, se o tal decreto nada dispõe a respeito dos emolumentos consulares, não deixa, todavia, de auctorisar implicitamente a sua cobrança segundo os respectivos regulamentos.

Examinemos:

A primeira parte do art. 1.º do referido diploma diz: — os agentes consulares exercitarão *livremente as funcções de natureza administrativa proprias do seu cargo, que, sem offensa das leis do paiz, lhes forem incumbidas pelo seu governo.* E não é funcção de natureza administrativa, e propria do cargo consular, a de receber as taxas ou emolumentos consulares? Ha n'isto offensa ás leis do paiz?

As leis e os regulamentos brazileiros mandam tambem que os consules da sua nação cobrem emolumentos, segundo as suas tabellas, o que é perfeitamente conforme com o direito internacional e com o systema observado em todas as nações. [1]

Ora, os regulamentos portuguezes impõem, como os regulamentos de todas as nações, aos seus consules a obrigação de cobrar emolumentos pelos actos que praticarem conforme as tabellas do seu paiz, organisadas e devidamente approvadas. Logo, a cobrança das taxas é auctorisada aos consules portuguezes no Brazil pela primeira parte do artigo 1.º do alludido decreto.

A segunda parte diz no fim: — *compete-lhes* (aos consules) *fazer escripturas de casamentos entre os seus nacionaes, e outros d'esta natureza segundo os seus regulamentos ou ordenanças dos seus governos.* Ora, praticar actos, conforme os regulamentos ou ordenanças dos res-

---

[1] DD. brazileiros, n.º 997, de 11 de novembro de 1890 e n.º 1327 de 31 de janeiro de 1891.

pectivos governos, é o mesmo que, na feitura d'elles, observar as solemnidades internas e externas n'elles estabelecidas, e cumprir os preceitos que fixam as taxas inherentes á sua çelebração.

Logo, ainda a segunda parte do art. 1.º do alludido decreto permitte aos consules de outras nações, não só celebrar no territorio brazileiro os actos da sua competencia, mas tambem receber os emolumentos, que lhes competem, segundo as leis e regulamentos do seu paiz.

Tão corrente é a doutrina exposta, que em 1886 um juiz do Maranhão, tendo-se opposto á que o consul portuguez n'aquella localidade cobrasse, por meio de estampilhas, os emolumentos devidos pelos actos que praticava no exercicio das suas attribuições, allegando que as leis e regulamentos em vigor no Brazil não justificavam a cobrança do imposto por tal meio, o governo brazileiro, pelo ministerio dos negocios estrangeiros, pôz termo a similhante desproposito, como se vê da nota seguinte:

«2.ª secção. — N.º 12. — Rio de Janeiro, ministerio dos negocios estrangeiros, 15 de setembro de 1886.

«Ill.mo e Ex.mo Sr. — Tive a honra de receber a nota de 26 de agosto ultimo, na qual o sr. Duarte Gustavo Nogueira Soares, enviado extraordinario e ministro plenipotenciario de Sua Magestade Fidelissima, expõe-me que, como se vê pela copia da certidão junta á mesma nota, a auctoridade judicial do Maranhão se oppõe a que o consul portuguez cobre, por meio de estampilhas, os emolumentos devidos pelos actos que pratica no exercicio das suas attribuições.

«Reconhecendo a justiça das razões em que se funda o sr. Nogueira Soares para reclamar contra esse procedimento do juiz da provedoria de capella e residuos da cidade de S. Luiz, acabo de officiar ao sr. ministro da justiça, pedindo-lhe que esclareça aquelle magistrado sobre a obrigação que o regulamento do governo portuguez de 17 de março de 1870 impõe aos consulados do reino no Brazil, de cobrar os seus emolumentos de conformidade com o que dispõe o mesmo regulamento, servindo-se S. Ex.ª ao mesmo tempo expedir, se o julgar necessario, uma circular n'esse sentido ás competentes auctoridades provinciaes.

«Aproveito a occasião para reiterar ao sr. Nogueira Soares os protestos de minha alta consideração. — *Barão de Cotegypе.* — Ao sr. Duarte Gustavo Nogueira Soares.»

II

Sem embargo d'isto, o juiz de 3.ª pretoria do Rio de Janeiro, mandando, em fins de julho de 1894, entregar ao procurador do pretenso herdeiro um valioso espolio do finado subdito portuguez Manuel Teixeira do Valle, — espolio que em 26 de mez anterior fôra arrecadado e confiado ao deposito, administração e liquidação do consul portuguez, em conformidade do D. de 8 de novembro de 1851, — decidiu que as percentagens e os emolumentos consulares se liquidassem conforme a lei do paiz (Regulamento de 15 de junho de 1859) e não conforme a tabella consular; e mais tarde, sob a impugnação do tal procurador, julgou que o consulado não tinha direito ás percentagens, considerando como provisoria a arrecadação.

D'esta decisão, com respeito sómente ás percentageus e emolumentos, aggravou o consulado de Portugal para o conselho do tribunal civil e criminal, que lhe negou provimento. Com tal denegação apresentou petição do recurso para o Supremo Tribunal federal, nos termos dos art· 59.º § 1.º e 61.º n.º 2 da constituição federal. O conselho entendeu que não cabia em suas attribuições o mandar tomar-lhe o termo do recurso. Do accordão do conselho tirou-se a carta testemunhavel para o Supremo Tribunal, em conformidade do artigo 149.º § 4.º do regimento do mesmo Tribunal, o qual, dando provimento no recurso da carta, mandou tomar termo de recurso extraordinario interposto pelo consulado, visto competir a elle sómente verificar se é ou não caso do recurso, e não poder o tribunal *a quo* negar a sua interposição.

Mas o Supremo Tribunal não tomou conhecimento da materia do recurso voluntario, julgando não ser hypothese para similhante recurso por accordão de 31 de julho de 1895.

O illustrado ex-consul geral de Portugal, sr. conselheiro Barbosa Centeno, recorreu d'elle, nos termos do artigo 1.º, parte 2.ª, do D. de 8 de novembro de 1851, ao governo federal do Brazil, por intermedio da legação portugueza, demonstrando por meio d'uma bem elaborada minuta, o direito que os consulados teem ás percentagens e emolumentos liquidados conforme a tabella consular, e a improcedencia da decisão do juiz da 3.ª pretoria a tal respeito.

N'esta minuta escreveu elle com relação ao accordão do Supremo Tribunal:

«Se é principio de direito que nas leis não ha palavras inuteis, é o egualmente que as mesmas leis não impõem inutilmente encargos ás partes que pleiteam nos tribunaes.

«E'-o tambem, que não prescrevem diligencias, ou actos desnecessarios e sem valor.

«Se, pois, o regimento do supremo tribunal no artigo citado, manda extrahir instrumento de carta testemunhavel para decidir se sim ou não deve ser tomado o recurso denegado no tribunal *a quo*, não é, nem póde ser, mera inutilidade esta disposição.

«Algum fim positivo e pratico deve e hade ter. Qual é?

«Sem duvida habilitar o supremo tribunal a examinar detidamente a hypothese em questão, e verificar se é de recurso extraordinario ou não é, a fim de, no primeiro caso, ordenar que esse recurso seja tomado por termo, e de, no segundo, confirmar a decisão do tribunal inferior que o não admittiu.

«Para outra cousa não serve, nem póde servir, o instrumento da carta testemunhavel que abrange as peças principaes do processo relativas á hypothese em questão, origem e base do recurso extraordinario.

«Se o supremo tribunal não carecesse de examinar os autos para decidir se é ou não caso de recurso extraordinario, e para, n'esta conformidade, ordenar, ou não, que se tome o respectivo termo, o seu regimento não mandaria apresentar-lhe a carta testemunhavel.

«Um simples requerimento seria bastante.

«Ora, se o supremo tribunal federal, depois de haver examinado a carta testemunhavel, decidiu por accordão mandar tomar termo de recurso, na hypothese dos autos, a que me reporto, é que verificou ser caso d'elle.

«Assim, por esse accordão e *em face da carta testemunhavel*, decidiu a preliminar, de que trata o artigo 102.º de seu regimento, preliminar, cuja solução, pelo mesmo accordão assente, definida e resolvida, sem possibilidade legal de sobre ella recahir nova discussão e ainda menos segunda votação, não podia, nem devia, resurgir em 31 de julho.

«O provimento dado á carta testemunhavel envolve, logica e juridicamente, a resolução da preliminar por modo favoravel ao recorrente; o não provimento envolveria a resolução da mesma preliminar contra elle.

«Assim o reconheceu o douto relator, ex.mo barão de Pereira Franco, e com elle opinaram os ex.mos ministros, Americo Lobo, Herminio do Espirito Santo, José Hygino, Piza e Almeida.

«De voto contrario foram os restantes sete ministros.

«Ha na doutrina d'estes illustres sete ministros, que fizeram vencimento, confusão manifesta, erro palpavel.

«Quando o tribunal *a quo*, por acto proprio, admitte o recurso extraordinario e manda tomar o respectivo termo, claro é e evidentissimo que o Tribunal *ad quem*, o supremo tribunal federal, tem de examinar conjuntamente duas questões:

«1.ª A preliminar que versa sobre a legitimidade do recurso extraordinario, na hypothese sujeita; e, decidindo-a pela affirmativa;

«2.ª A procedencia ou improcedencia do recurso julgando então *de meritis*.

«Isto porque nenhuma outra occasião se lhe depara de resolver sobre a preliminar, porque nenhum outro ensejo teve ou terá de deliberar ácerca d'ella.

«Mas quando, como na hypothese sujeita, o supremo tribunal, por virtude da carta testemunhavel, teve de resolver se era ou não caso de ser tomado o termo de recurso extraordinario e resolveu affirmativamente, a legitimidade d'esse recurso emana do accordão que o mandou tomar, como a conclusão deriva das premissas anteriores estabelecidas.

«Entre ambos existe a mais estricta e intima ligação logica e juridica.

«Mandar tomar um recurso em *face da carta testemunhavel*, e julgar a sua legitimidade, a sua admissibilidade, é uma e mesma cousa.

«Por isso, na hypothese dos autos, não havia logar a conhecer da preliminar em 31 de julho, porque ácerca d'ella recaiu votação favoravel em 31 de dezembro.»

Esta questão de percentagens e emolumentos consulares, suscitada pela decisão do juiz da 3.ª pretoria do Rio de Janeiro, teve uma solução, com a qual não podem surgir mais duvidas sobre esse assumpo.

Eil a:

1.º

«O governo da republica dos Estados Unidos do Brazil, tomando em consideração o que a legação de Sua Magestade Fidelissima expôz em notas de 21 de junho e 5 de setembro do anno proximo passado, dirigidas ao ministerio das relações exteriores, relativamente ao decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851, quanto ás percentagens e

taxas que os agentes consulares de Portugal devem receber pela arrecadação, administração e liquidação das heranças de seus nacionaes nos termos do mesmo decreto, e tendo em vista as disposições brazileiras e portuguezas a respeito d'esse assumpto, reconhece que os agentes consulares de Portugal no Brazil e os do Brazil em Portugal, pelo exercicio das funcções de natureza administrativa proprias do seu cargo, teem direito ás percentagens e taxas segundo as tabellas, regulamentos ou ordenanças dos respectivos governos.

«Fica, portanto, reciprocamente reconhecido tal direito por esta declaração, que é assignada pelo encarregado de negocios do reino de Portugal e pelo ministro d'estado das relações exteriores.

«Feito em duplicado no Rio de Janeiro, em 27 de maio de 1896. — *João Oliveira de Sá Camello Lampreia.* — *Carlos Augusto de Carvalho.*

2.º

DECRETO N.º 2292, DE 1 DE JUNHO DE 1896

Declara que os agentes consulares do Brazil em Portugal e suas colonias, e os de Portugal no Brazil, teem direito ás percentagens e taxas das tabellas dos respectivos governos nos processos de heranças, segundo o decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

«O presidente da republica dos Estados Unidos do Brazil, attendendo á declaração do protocollo de 29 de maio proximo passado, assignado pelo ministro d'estado das relações exteriores do Brazil e pelo encarregado de negocios do reino de Portugal decreta o seguinte:

«Artigo unico. Os agentes consulares do Brazil em Portugal e suas colonias, e os de Portugal no Brazil teem direito ás percentagens e taxas segundo as tabellas, regulamentos, ou ordenanças dos respectivos governos pelo serviço de arrecadação, administração e liquidação de heranças, nos casos do decreto n.º 855 de 8 de novembro de 1851.

«Capital Federal, 1 de junho de 1896, 8.º da republica. — *Prudente José de Moraes Barros.* — *Carlos Augusto de Carvalho.*»

Mas o mesmo juiz da 3.ª pretoria do Rio de Janeiro, mandando entregar dentro d'um mez, a contar da arrecadação, o espolio do Valle ao procurador do pretenso herdeiro, infringiu, contra as expressas determinações do governo do seu paiz, os terminantes preceitos do D. de 8 de novembro de 1851, que é o convenio internacional que actualmente vigora entre Portugal e o Brazil, e, ao caso sujeito, fazendo er-

rada applicação das disposições do Regulamento de 15 de junho de 1859, arrogou as attribuições que a lei não lhe dava.[1]

D'esta errada applicação dos preceitos do citado regulamento á arrecadação do Valle, que fez o mesmo juiz, é que proveiu o considerar elle provisoria tal arrecadação, mandando, antes do decurso d'um anno, entregar os bens do espolio ao procurador do pretenso herdeiro, sem exhibir os documentos de habilitação e sem pagar os direitos de transmissão; o mandar fazer tal entrega, que não lhe competia; e o não reconhecer o direito do consulado ás percentagens.

Nos recursos interpostos pelo dignissimo ex-consul geral de Portugal no Rio de Janeiro reclamou-se sómente contra a ultima illegalidade; de outras que não são menos importantes, nem menos prejudiciaes, trataremos mais adiante, visto que os artigos 4.º e 5.º do Regulamento de 15 de junho de 1859, que consideram como provisorias as arrecadações orphanologicas, quando comparecerem herdeiros devidamente habilitados, cessando os tramites do processo, não tem applicação ao caso sujeito.

III

Differenças entre o Regulamento de 1859 e o decreto de 1851

Uma das differenças entre a arrecadação á que se procede em conformidade do Regulamento de 15 de junho de 1859, isto é, exclusivamente pelo juizo territorial, e a que se faz nos termos do D. de 8 de novembro de 1851, conjuntamente com o agente consular — differença á que alludimos n'um dos capitulos precedentes — consiste em não haver, no primeiro caso, praso estabelecido para a entrega dos bens aos herdeiros devidamente habilitados, ou notoriamente conhecidos, que, estando ausentes na época da abertura da herança, comparecerem mais tarde; póde-se e deve-se entregar-lhes os bens, antes de liquidação, logo que elles appareçam e sem deducção da percentagem — o que póde realisar-se em um, dois, tres ou quatro mezes.[2]

No segundo caso, porém — quando a arrecadação é feita conjunta-

---

[1] *Optima sex est quæ minimum relinquit judici arbitrium, optimus judex qui minimum sibi.* — Bacon.

[2] Regulamento de 15 de junho de 1859, artigo 4.º

mente com o agente consular — a entrega dos bens aos herdeiros nunca se póde fazer antes do decurso d'um anno.

Vejamos:

O artigo 3.º do referido decreto de 1851 diz:

«Concluido o inventario (arrolamento) serão os bens da herança confiados á administração e liquidação do agente consular, que não poderá dispôr dos mesmos, ou do seu producto, nem devolvel-os aos legitimos herdeiros até se reconhecer, precedendo annuncios publicados nos jornaes, immediatamente depois da arrecadação, que não comparece, *dentro d'um anno*, credor algum á mesma herança, ou emquanto *pender alguma questão judicial sobre ella*, ou não forem pagos os direitos a que está sujeita pelas leis do imperio. Para se verificar se tem ou não logar o pagamento de direitos *deverá o agente consular mostrar*, por documentos sufficientes e devidamente legalisados, qual é o grau de parentesco entre o fallecido e seu herdeiro ou herdeiros.»

E o art. 4.º acrescenta:

«*Decorrido o anno* de que falla o artigo antecedente, *não pendendo questão judicial* sobre a herança, pagos os direitos fiscaes, ou verificado que não tem logar o seu pagamento, o agente consular poderá dispôr da mesma herança e remetter o seu producto a quem de direito, segundo as instrucções que tiver, sendo então considerado pelos tribunaes do paiz como representante do herdeiro ou herdeiros, para com os quaes será o unico responsavel.»

Da combinação e confronto dos dous artigos supra transcriptos se vê que o D. de 1851, commettendo aos agentes consulares a guarda, administração e liquidação da herança, impõe-lhes as obrigações:

1.ª — de conserval-a em seu poder e não dispôr d'ella ou devolvel a aos herdeiros emquanto, convidando judicialmente os interessados por meio de annuncios e editos publicados nos jornaes, não se verifique ter decorrido um anno sem apparecer credor algum reclamando o pagamento, ou, apparecendo, estarem já satisfeitos, e não pender nenhuma questão judicial;

2.ª — de, demonstrando por meio de documentos

legaes o grau de parentesco entre os herdeiros e o fallecido, pagar os direitos de transmissão devidos á fazenda do Estado.

O cumprimento d'esta ultima obrigação depende da realisação da primeira. Os direitos de transmissão recaem sobre o producto liquido e desembaraçado, deduzidos os encargos, e os bens, na hypothese sujeita, não ficam livres e desembaraçados, o producto d'elles não póde considerar-se como liquido, emquanto não decorrer o praso estabelecido no respectivo diploma e estiver pendente alguma questão judicial intentada pelos credores da herança, para se conhecer que não pesa sobre ella algum encargo.

Ora, se os direitos devidos á fazenda do Estado não podem ser pagos antes de decorrer um anno, e, mesmo decorrido, antes da decisão de alguma acção, se tiver sido intentada, segue se que o deposito, administração e liquidação dos bens devem fatalmente continuar a pertencer ao agente consular, durante esse periodo, não só para garantir aos credores incertos os seus direitos, mas tambem para segurança dos direitos fiscaes.

Logo, embora depois da arrecadação appareçam herdeiros reconhecidamente taes ou devidamente habilitados, nem as auctoridades judiciaes do logar podem, antes d'esse praso, auctorisar a entrega dos bens arrecadados com intervenção consular, nem os consules podem e devem fazer tal entrega ou dispôr d'elles, sem decorrer esse periodo.

O citado D. de 8 de novembro de 1851, commettendo aos agentes consulares o deposito, administração e liquidação dos bens dos seus nacionaes arrecadados com intervenção consular, e dando aos credores incertos o praso d'um anno, depois de citados por meio de editos, constituiu no logar da abertura da herança uma entidade legal, que, representando os herdeiros, fosse competente para responder aos credores que exigirem d'ella, dentro d'um anno, administrativa ou judicialmente, os seus creditos, quando não forem certos.

Se o producto da herança sahir antes d'esse periodo, do poder do agente consular, isto é, da administração e liquidação d'elle, mandando entrega-lo aos herdeiros, quando são estrangeiros e residentes fóra do paiz, de quem hão de os credores exigir o seu credito, contra quem hão de intentar as acções? Terão n'este caso de ir ao paiz dos herdeiros, recorrer aos tribunaes da terra d'elles para tornarem effectivo o seu direito. São exactamente estes os transtornos, estes os inconvenientes que o decreto quiz evitar com tal prescripção.

Ora, se concluido o arrolamento, confiados os bens ao deposito,

administração e liquidação de funccionario consular, não póde este, como vimos, entregar ou remetter a totalidade dos bens da herança ou de seu producto aos herdeiros respectivos, emquanto não tiver decorrido um anno a contar do annuncio, emquanto pender alguma questão sobre a herança, e emquanto não estiverem pagos os direitos devidos á fazenda publica; — é claro tambem que a auctoridade territorial não póde mandar fazer entrega de taes bens, quando mesmo isso lhe competisse, sem estarem cumpridas todas aquellas disposições.

Como é, pois, que o meritismo juiz da 3.ª pretoria do Rio de Janeiro quiz que o consul geral de Portugal entregasse, decorrido apenas um mez, a herança do finado Valle ao procurador do herdeiro? Se a circular do governo brazileiro atraz transcripta, de 4 de março de 1887, impõe expressamente ás auctoridades judiciarias a obrigação de verificar se com effeito os bens podem ser entregues, ou se foram pagos os direitos fiscaes, como ordenou aquelle douto magistrado, sem estarem pagos os taes direitos, sem estarem satisfeitas todas as condições prescriptas na lei, a entrega dos bens d'aquelle finado portuguez?

O proprio regulamento de 15 de junho de 1859, no art. 61.º, estatue expressamente que nenhuma entrega dos bens de herança jacente se effectuará, nenhuma deprecada ou officio do juiz de orphãos para levantamento do dinheiro ou dos bens da mesma herança será expedida ou cumprida, *sem que conste o pagamento do imposto de transmissão.*

Ora, se os bens arrecadados exclusivamente pelo juizo orphanologico, em conformidade com o regulamento de 15 de junho de 1859, não podem ser restituidos ou entregues aos herdeiros sem pagamento dos direitos de transmissão, como poderão ser restituidos ou entregues aos respectivos herdeiros os bens dos estrangeiros, arrecadados segundo as disposições do decreto de 8 de novembro de 1851?

De mais, a 2.ª parte do art. 3.º do D. de 8 de novembro de 1851 estatue, como se viu, que o agente consular deverá mostrar por documentos sufficientes, devidamente legalisados, qual é o grau de parentesco entre o fallecido e seu herdeiro ou herdeiros. Estes documentos são a habilitação devidamente julgada e legalisada, como foi explicado em varias resoluções do governo brazileiro.[1]

---

[1] Avisos de 18 de janeiro e 22 de fevereiro de 1861, de 28 de janeiro e 31 de março de 1862. Sr. Perdigão Malheiros, supplemento ao «Manual do procurador dos feitos» § 159. «Livro de convenções» por dr. Azevedo de Castro, pag. 313 nota ao art. 3.º do referido decreto.

Em que disposição da lei se fundaria então o juiz da 3.ª pretoria da capital federal do Brazil para deferir o requerimento d'um individuo que, como procurador do herdeiro, se apresentou pedindo a entrega da herança que deixou o finado Valle, sem que tal pretenção fosse apresentada por meio do respectivo consul? Que documentos exhibiu o requerente para demonstrar que o seu constituinte era o unico e universal herdeiro? Como provou o grau de parentesco entre o finado e os seus herdeiros? Sendo natural de Portugal o auctor da herança, e deprehendendo-se dos documentos attinentes a tal questão ser tambem natural de Portugal o pretenso herdeiro, era humanamente impossivel que, dentro de 30 dias, este se habilitasse na terra de naturalidade, porque, segundo o codigo do processo civil portuguez, o cumprimento de todas as formalidades d'um instrumento de justificação d'esta natureza demanda, senão mais, pelo menos 5 mezes.[1]

Segundo os artigos citados do D. de 8 de novembro de 1851 a auctoridade territorial nada tem que ver com a entrega dos bens; a entrega é da exclusiva competencia do funccionario consular. Cingindo-se, quando muito, aos preceitos da circular de 4 de março de 1887 atraz citada, os juizes podem fiscalisar e verificar se os bens estão no caso de ser entregues, isto é, se estão cumpridas todas as condições estabelecidas nos mesmos artigos. D'esta obrigação lhes advem o direito de obstar á entrega ou devolução dos bens, quando não estiverem satisfeitos os requisitos exigidos pela Lei; mas, cumpridos estes, não podem, não devem tambem, por qualquer motivo, impedir que o funccionario consular exerça a faculdade que a mesma lei lhe dá, de entregar os bens ou remetter o producto segundo as ordens do seu governo.

IV

Desde quando se deverá contar o anno estabelecido no mesmo diploma, para os credores reclamarem os seus direitos?

O D. de 8 de novembro de 1851 não o diz claramente; mas no artigo 2.º determina que os credores incertos sejam convidados por meio de annuncios publicados nos jornaes, para dentro d'um anno reclamarem os seus direitos. Estes annuncios, no systema forense, são uma verdadeira citação edital, e a citação edital não se torna ef-

[1] Na arrecadação do Valle parece que o consulado de Portugal não levantou estas questões.

fectiva, não surte os seus effeitos, senão depois de accusada, e, quando o não fôr, sem, pelo menos, expirar o prazo fixado no edital.

Ora, se a lei manda citar editalmente os credores e lhes dá o prazo d'um anno para reclamarem os seus direitos, este prazo deve começar desde que tal citação se torne effectiva, e, por conseguinte, desde que finde o periodo designado no edital, porque até ao ultimo dia do anno assim contado, póde ser admittido em juizo qualquer que, como credor, appareça para demandar o espolio.

Se o anno fosse contado desde o dia do fallecimento do auctor da herança, a designação do prazo concedido pela lei seria uma illusão, ficaria reduzido a um periodo inferior, conforme a data em que se fizessem os annuncios, visto que a sciencia que os credores incertos ficam tendo, suppõe a lei, é desde a effectividade da citação edital.

V

Podem os consules pagar dividas passivas dos espolios sem auctorisação do juiz territorial? Póde este auctorisar o pagamento sem annuencia do consul?

O acto intrepretativo de 1867, no seu § 7.º n.º 6, dava aos consules faculdade para satisfazerem todos os encargos, pagando as dividas e legados dos espolios.

A convenção de 1876, no seu artigo 23.º, dispunha:

«O consul pagará com as quantias pertencentes ás heranças, ou com o producto da venda dos bens, tanto moveis como immoveis, todos os encargos e dividas da herança, cumprindo os legados de que ella estiver onerada, conforme as disposições testamentarias.»

Mas o D. de 8 de novembro de 1851, no seu artigo 8.º, diz:

«Nem o agente consular nem os administradores, no caso do artigo 6.º, poderão pagar divida alguma do defuncto sem auctorisação do juiz, *que não ordenará pagamento sem audiencia de agente consular.*»

D'aqui se vê que o decreto actualmente em vigor faz depender o

pagamento das dividas dos espolios de auctorisação do juiz territorial, e de audiencia do agente consular. Conferindo ao juiz de orphãos e ausentes as attribuições para auctorisar o pagamento, impoz-se lhe a obrigação de ouvir o respectivo agente consular.

E porque é que o decreto manda ouvir os consules ?

Certamente, porque elles, como protectores natos dos seus nacionaes, como fiscaes e representantes dos interesses dos herdeiros ausentes, menores ou incapazes, tendo em seu poder papeis e livros pertencentes á herança, estão no caso de indagar, são mais competentes para verificar, se são ou não verdadeiras as dividas reclamadas, e, finalmente, para dizer da justiça dos seus curatelados.

D'onde se vê que a audiencia dos agentes consulares não foi estatuida na lei como mera formalidade: a opinião d'elles deve ter todo o valor, toda a importancia, no deferimento ou na denegação do pagamento; contra o parecer dos protectores natos dos herdeiros do finado devedor não se póde, não se deve auctorizar o pagamento por uma fórma tão summaria e tão simples, como o é, no processo de arrecadação, o deferimento do juiz.

Se nas arrecadações, feitas pelo juizo orphanologico, havendo opposição do curador ou dos agentes fiscaes, como já vimos, não podem ser pagas as dividas dos espolios, ainda que sejam certas, liquidas e constantes da escriptura publica ou do documento a ella equiparado, não devem ser, com mais razão, pagas, administrativamente, contra o parecer dos respectivos funccionarios consulares, as dividas de espolios dos estrangeiros, arrecadados em conformidade do D. de 8 de novembro 1851, pois n'estes casos, a intervenção da auctoridade judiciaria é essencialmente conjuncta com a do consul, e o funccionario consular, além de ser curador nato, é, como representante do seu governo, protector dos herdeiros ausentes e incapazes, exercendo attribuições mais amplas do que as dos curadores nomeados.

*
* *

Uma vez o juiz de orphãos e ausentes do Rio Grande do Sul, a requerimento do provedor da santa casa de Misericordia e sem audiencia do consulado portuguez, quiz que dos valores d'um espolio, cuja arrecadação com intervenção consular estava apenas iniciada e não concluida, se pagasse a este uma rasoavel quantia, mas felizmente, pelas ponderações feitas pelo mesmo consulado, reconsiderou o assumpto como se vê dos documentos que seguem:

OFFICIO DO JUIZO

Rio Grande do Sul, 19 de agosto de 1896. — Illmo e Exmo Sr.— Na arrecadação procedida do espolio do finado Francisco José da Costa Ferreira, cujo espolio ficou sob a guarda e deposito de V. S.ª, inclusivè recibos ou livros de talões e mais papeis pertencentes á Santa Casa de Misericordia d'esta cidade, da qual aquelle finado era thesoureiro da repartição do cemiterio; constando do livro costaneira, tambem arrecadado e entregue á respectiva administração d'aquelle estabelecimento, depois de encerrado e rubricado pelo respectivo escrivão de ausentes e por V. S.ª, em cujo livro de receita e despeza escripturado consta o saldo de treze contos setecentos trinta e nove mil e sete réis (13:739$007 réis) a favor da repartição do cemiterio d'aquelle pio estabelecimento, rogo a V. S.ª fazer entrega do mencionado saldo, livro de talões, e mais papeis referidos ao respectivo provedor, cobrando o competente recibo para resalva, conforme me foi requerido. — Saude e fraternidade. — Illmo Sr. Gregorio Anselmo Ribeiro Marques, consul de Sua Magestade Fidelissima. — *Eduardo Ernesto de Araujo.*

OFFICIO DO CONSULADO

Illmo e Exmo Sr. — Sobre o officio d'esse juizo datado de hontem, pelo qual, suppondo concluida a arrecadação do espolio do subdito portuguez Francisco José da Costa Ferreira, quer V. Ex.ª que este consulado dos valores d'elle entregue ao provedor da Santa Casa da Misericordia a quantia de 13:739$007 réis — peço licença para fazer as seguintes ponderações: O infeliz Costa Ferreira, como V. Ex.ª sabe, falleceu na manhã de 15 do corrente, e logo mais tarde, em virtude da participação d'este consulado, deu-se começo á arrecadação, não tendo podido retirar do armazem d'elle mais do que o dinheiro existente n'um cofre de ferro, que fica, como é de lei, sob a guarda e administração d'este consulado.

D'ahi por diante, com excepção do dia domingo, tem-se continuado com o arrolamento das mercadorias do armazem, onde existem tambem livros de escripturação, verificando os generos e as especies — diligencia indispensavel para se proceder ao inventario e passar successivamente os objectos á guarda e administração d'este consulado, — mas até hoje não está findo o trabalho do arrolamento, e tanto que não está lavrado o auto que tem de ser assignado por V. Ex.ª, pelo escrivão e pelos funccionarios consulares.

N'estes termos, não estando concluido o inventario, e por conseguinte não tendo passado á guarda d'este consulado todos os objectos, livros e papeis que o finado deixou, não podem saber até hoje ao certo, nem esse juizo, nem este consulado, o que d'elle ficou, o que elle tem de haver e o que tem a pagar. — Como pois o provedor da Santa Casa de Misericordia deseja que desde já se lhe entregue, tirando do espolio, a quantia de 13:739$007 réis?

De mais, confrontando o artigo 3.º com o artigo 8.º do citado Regulamento, deprehende-se claramente: — 1.º que as dividas do espolio não são pagas antes de concluir o inventario; — 2.º que os consules não podem pagal-as sem auctorisação do juiz; — 3.º que os juizes não podem ordenar o pagamento, sem audiencia dos consules. — E' o que sempre se tem observado n'esse juizo: — Como então quer o provedor da Santa Casa que do espolio do finado se lhe entregue uma quantia, sem que seja ouvido o respectivo consulado, e elle verifique o que ha a tal respeito?

Por todos estes motivos, eu, appellando para a illustração de V. Ex.ª, magistrado com quem este consulado tem sempre mantido relações cordiaes, venho rogar se sirva de, reconsiderando o assumpto, mandar juntar este e a petição do provedor da Santa Casa aos autos que hão de ser organisados, para seguir os ulteriores estabelecidos na lei invocada. — Deus Guarde a V. Ex.ª — Ill.mo e Ex.mo Sr. Dr. Juiz de orphãos e ausentes. — Pelo consul, o vice-consul chanceller, *Luiz Leopoldo Flôres.*»

DESPACHO

«A' vista das razões expendidas pelo consulado, junte-se este aos autos de arrecadação, e aguarde o sr. provedor da Santa Casa que aquella se conclua, e tenha logar a respectiva averiguação. — Rio Grande, 20 de agosto de 1896. — *Araujo.*»

*
* *

Mas que dividas podem ser auctorisadas e pagas administrativamente no processo de arrecadação?

O D. de 8 de novembro de 1851 nada dispõe a tal respeito.

O artigo 49.º do Regulamento de 15 de junho de 1859, porém, estatue:

«Sendo a divida liquida, certa e constante da escriptura publica

ou de instrumento como tal considerado pelas leis e pelo codigo commercial; nada tendo que oppôr o curador e os agentes fiscaes, para o que deverão ser ouvidos, poderá o juiz, exigindo os esclarecimentos que entender necessarios, auctorisar o pagamento, expondo em todos os casos os fundamentos da sua deliberação de que não haverá recurso.»

Ora, se os juizes territoriaes, nas arrecadações que fazem, exclusiva e orphanologicamente, não podem auctorizar o pagamento das dividas passivas dos espolios, sem que sejam certas e liquidas, sem que constem da escriptura publica ou do documento a ella equiparado, não póde, não deve tambem ser auctorisado o pagamento das dividas que, pertencendo ás heranças arrecadadas nos termos do D. de 8 de novembro de 1851, não estiverem nas mesmas condições, e, carecendo pelo seu valor de escriptura publica ou de qualquer outro documento, não constem d'elles, pois, na falta de preceito expresso, entendemos se deve recorrer ao disposto no Regulamento geral.

E, se o pagamento de taes dividas não póde ser deferido pela auctoridade territorial, não devem tambem concordar com elle os agentes consulares.

E' por conseguinte irregular, os funccionarios consulares concordarem e os juizes auctorisarem taes pagamentos, não estando nas condições indicadas.

Quinta parte

I

As dividas das heranças, que não forem pagas no processo de arrecadação, de que fórma devem ser reclamadas?

No Brazil, o Regulamento de 15 de junho de 1859, tratando no artigo 28.º da cobrança de dividas dos espolios dos defunctos, não admitte senão duas especies de acções, de justificação e do libello perante o juizo de arrecadação, conforme o valor fôr ou não superior a 200$000 réis, isto é, conforme exceder ou não a alçada d'elle.

O sr. Perdigão Malheiros, no seu Manual do Procurador dos Feitos (nota 631), ensina tambem que a divida da herança arrecadada, *qualquer que seja a sua natureza*, segundo o direito commum, não póde ser pedida senão por libello ou justificação.

Ora, se as dividas dos espolios arrecadados exclusivamente pelo juizo territorial, quando não forem pagas no respectivo processo de arrecadação, não podem ser pedidas senão por acção de libello ou de justificação, ordinaria ou summaria, qualquer que seja a natureza d'ellas, parece que tambem não podem ser, não devem ser pedidas por outra fórma as dividas que, pesando sobre as heranças arrecadadas com intervenção consular, não fôrem pagas no respectivo pro-

cesso de arrecadação; porque, na ausencia ou na falta de preceito especial, não póde deixar de attender ao disposto na legislação geral.

Apesar de ser tão clara a disposição invocada, entendem alguns advogados do Brazil que as dividas provenientes de prestação de serviços medicos devem ser pedidas em acção summaria executiva, fundando-se no alvará de 22 de janeiro de 1810.

E nós já vimos no juizo de orphãos e ausentes do Rio Grande do Sul propôr-se uma acção similhante contra a herança d'um subdito portuguez, que fôra arrecadada com intervenção consular, pedindo 10 contos de réis, como remuneração de pretensos serviços medicos, importancia esta cujo pagamento foi contestado no respectivo processo de arrecadação.

Transcrevemos aqui alguns periodos d'uma informação que sobre o assumpto deu o consulado de Portugal no Rio Grande do Sul ao chefe da legação portugueza no Rio, e que dá idéa do facto:

«Entre outros pretensos credores appareceu um facultativo de nome F... requerendo logo 10 contos como honorarios de serviços medico-cirurgicos por elle prestados ao finado, e juntando uma conta *sui generis* e em que se dizia apenas: «*Ao dr. F... deve a herança de Francisco José da Costa Ferreira pelos serviços medico-cirurgicos, 10:000$000.*»

«O consulado portuguez, sendo informado por pessoas competentes de que o finado não devia ao requerente nenhum serviço medico-cirurgico, a não ser uma visita que lhe fizera na noite de 12 d'agosto; dia anterior áquelle em que, como se disse, se recolhera á beneficencia, visto que nos ultimos tres annos era outro o facultativo a quem alguma vez recorria o fallecido, e de quem ainda, nos papeis de espolio, encontraram alguns recibos de pagamento das visitas e consultas, oppôz-se á tal pretenção pela fórma seguinte: «*Tão vago e tão carecido de base é o pedido do requerente, que não só não está provado, nem a conta annexa, ora por mim rubricada, está deduzida por fórma que se possa vêr quaes são os serviços medico-cirurgicos prestados ao finado Costa Ferreira, em que datas e qual é a taxa de cada um d'elles. — Não posso, portanto, concordar com a pretenção do dr. F...*»

«Com tal opposição, o referido facultativo abandonou este meio administrativo, pôz de parte os primitivos requerimento e conta, e juntando uma nova conta, com especificação de noventa e tres visitas e uma operação, sem data e valor de cada um d'esses serviços, mas com de-

signação de valor total de 10 contos, recorreu á justiça, concluindo por pedir a citação d'este consulado para ir louvar-se em arbitros que avaliassem esses serviços — quer dizer — intentou logo uma acção executiva sem provar que realmente taes serviços tivesse prestado.»

Eis a petição e conta a que se refere a informação do consulado:

«Ill.mo Sr. Porfirio R. Trindade, em exercicio do cargo de Juiz Districtal e Ausentes na arrecadação do espolio do finado Francisco José da Costa Ferreira. — Diz o Dr. F... medico, residente n'esta cidade, que prestou ao finado Francisco José da Costa Ferreira serviços medico-cirurgicos, desde mil oitocentos noventa e quatro até á data do fallecimento do mesmo em agosto do corrente anno, serviços estes detalhadamente descriminados na conta annexa. O supplicante, no correr da arrecadação do espolio do finado Costa Ferreira, requereu pagamento dos mencionados serviços medicos, mas o Sr. Consul de Portugal, representante do mesmo espolio, oppôz-se ao pagamento pedido, e por isso agora quer o Supplicante fazer proceder a um arbitramento dos serviços descriptos na conta junta, visto como o mesmo Sr. Consul de Portugal recusa satisfazer-lhe os seus honorarios que o Supplicante estima em dez contos de réis (10:000$000) — *F...*»

DESPACHO

D. A. J. Como requer. — Rio Grande, 18 de novembro de 1896. — *Porfirio R. Trindade.*

CONTA

«A Herança do finado Francisco José da Costa Ferreira, Deve ao Dr. F...:

«Por uma operação de urethrotomia, sondagem antes e depois da operação, desde fim de 1894 até mezes antes da sua ultima doença, que teve logar em agosto do corrente anno;

«Por tratamento de outras enfermidades mais ou menos passageiras que teve o mesmo finado durante esse periodo de tempo, constando de noventa e tres visitas;

«Pelo tratamento e conferencia com o Ill.mo Sr. Dr. Phelippe Pe-

reira Caldas a noite passada á sua cabeceira em sua ultima enfermidade;

«Réis 10:000$000.

«Rio Grande, em 18 de novembro de 1896. — *Dr. F...*»

E feito o arbitramento á revelia do consulado, que aliás offerecera embargos á petição, foi feita a penhora nos valores da herança, na importancia de 11:164$000.

Tal é o laudo dos arbitros:

«Attendendo a que o tratamento operatorio e systematico de affecções vizico-urethraes procedido pelo Dr. F... em Francisco José da Costa Ferreira exige verdadeiros sacrificios da parte do clinico, não raro forçando-o a delongar suas visitas e permanecer demoradamente em presença do enfermo, e que por consequencia taes sacrificios devem ser devidamente remunerados;

«Attendendo a que na ultima enfermidade de Francisco José da Costa Ferreira, o Dr. F... prestou lhe serviços que estão fóra dos estrictos deveres do clinico, como passar a noite em vigilia á cabeceira do doente;

«Attendendo finalmente que alguns dos serviços medicos prestados pelo Dr. F... a Francisco José da Costa Ferreira datam de epocha relativamente remota, e que não foram remunerados immediatamente, e que por consequencia comportam uma avaliação mais elevada, dadas as condições de desvalorisação de nossa moeda corrente na actualidade:

«Avalio os honorarios do Dr. F... pelos serviços prestados a Francisco José do Costa Ferreira, em 10:000$000 réis. — Rio Grande, 17 de dezembro de 1896. — *F...*»[1]

Referindo-nos a este e outros factos occorridos, declaramos com toda a franqueza, que o nosso fim é simplesmente discutir as hypotheses sob o ponto de vista legal para chegar á conclusão da doutrina que, á face da legislação vigente, nos parece acceitavel, e por isso omittimos os nomes do facultativo que intentou a acção e de dous outros que, na qualidade de arbitros, assignaram o laudo.

Para analysar este assumpto é preciso ventilar tres pontos:

1.º Está em vigor o alvará de 22 de janeiro de 1810, e póde ser

[1] Este laudo foi subscripto tambem pelo 2.º arbitro.

considerado como diploma regulador do processo em juizo contencioso, para haver honorarios medicos?

2.º Uma conta exhibida pelo medico poderá servir de base para se promover processo executivo?

3.º Subministra a conta atraz transcripta elementos sufficientes para se proceder á avaliação dos serviços n'ella indicados?

Para apreciar bem o primeiro ponto transcreveremos alguns numeros do citado alvará.

N.º 1

«O juiz commissario delegado do fysico-mór do reino será medico formado na universidade de Coimbra, ou em outra que se crear n'este reino. Os seus provimentos são triennaes e pode-rão ser reconduzidos cada tres annos, senão houver queixas, na conformidade do alvará de 23 de novembro de 1808, e gosarão de todos os direitos que pertencem aos magistrados temporaes pelas minhas leis e ordens.»

N.º 2

«Terá um escrivão do seu cargo, dois visitadores examinadores, que sejam boticarios approvados, um meirinho e seu escrivão.»

N.º 32

«Todo o que resistir á execução das ordens do juizo, reguladas por este regimento, será citado para se ver autuado e immediatamente será prezo, e remetter-se-ha o auto ao fysico-mór do reino para lhe impôr a pena da lei, precedendo a competente defeza.»

N.º 33

«Como por direito nenhuma notificação interlocutoria e sentença póde ter o seu effeito sem serem accusadas em audiencia, o juiz commissario delegado as fará nas casas do conselho.»

N.º 34

«Os boticarios, medicos e cirurgiões, que substituem na sua falta a assistencia de alguns enfermos, cobrarão as dividas dos medicamen-

tos e curativos executivamente perante o juiz commissario, como juiz privativo, para se animar a sua promptidão em acudir ás suas necessidades do publico, e a subsistencia de pessoas tão uteis, e recommendaveis, nos estabelecimentos politicos, porém para o receituario dos boticarios ser admittido em juizo deverá ser assignado pelas partes; ou pelos professores que as receitarão declarando o nome do enfermo, ou o dono da casa para onde foram os medicamentos; e os medicos e cirurgiões referidos antes que requeiram o facultativo, *pedirão ao juizo da commissão a louvação do que merecem, segundo as circumstancias citada a parte, e serão arbitradores dois medicos*, que terão cada um mil duzentos réis; o juiz dois mil réis, o escrivão o que manda o regimento dos corregedores. *Com certidões d'este termo de louvação se requererá o executivo*, ainda que a parte tenha appellado ou aggravado para o fysico-mór do reino do dito julgado; pois que estes actos em similhantes casos são feitos para demorar a satisfação do que devem.»

Como se vê, o diploma em objecto foi promulgado nos principios do primeiro quartel do seculo passado, ainda quando o Brazil fazia parte integrante da monarchia portugueza. Mais tarde separou-se o Brazil, constituindo-se em monarchia independente e teve a sua organisação propria; e Portugal, com a nova constituição, teve alterações na sua organisação social, politica e administrativa, com a instituição dos poderes do estado e fixação das suas attribuições.

Em Portugal e nas suas vastas e restantes colonias, não só não vigora o tal alvará, mas até seria irrisorio que, em qualquer dos pontos da monarchia portugueza, fundando-se no referido diploma, tão obsoleto e promulgado nos tempos anteriores á constituição, se pretendesse promover processo executivo para haver honorarios medicos constantes de uma conta por elles apresentada.

E no Brazil onde, ha já 10 annos, houve mudança d'instituições, e que se rege pelos principios democraticos, estará em vigor o alludido diploma?

Vejamos.

Existem n'este paiz as entidades de physico-mór, de juiz commissario delegado d'elle, do escrivão do seu cargo e de outros officios de que tratam os numeros 1.º e 2.º do referido alvará, e que constituiam uma especie de tribunaes de primeira e segunda estancia?

Não; a lei de 30 d'agosto de 1828 aboliu taes cargos.

Se não ha taes entidades, se não existem esses tribunaes presididos pelos medicos, não devem existir tambem, devem ter desappare-

cido de todo, as attribuições que lhes eram conferidas, a competencia e a jurisdicção que lhes eram commettidas, e o processo estabelecido perante taes entidades, como juizes privativos, a que se referem os numeros 32, 33 e 34 do mesmo alvará, e por conseguinte o arbitramento instituido como base inicial do processo executivo.

Não vigorando actualmente no Brazil as disposições do diploma invocado, haverá alguma lei posterior que tenha mantido o processo executivo, o fôro privilegiado e o respectivo arbitramento que estabelecia o numero 34 d'elle?

Não, ninguem a conhece, ninguem a aponta.[1] Como ha de então poder-se, com uma simples conta assignada pelo medico, pedir por processo executivo, perante os tribunaes judiciaes, a importancia dos honorarios que não foram estipulados nem ajustados? Sendo a acção executiva uma fórma do processo privilegiada, admittida sómente para os casos expressamente fixados por lei, como se ha de lançar mão d'este meio, odioso e vexatorio, sem que para tal fim esteja instituido?[2]

O medico, quando demanda, declarando simplesmente que prestou serviços profissionaes, sem prova alguma, ha de penhorar logo os bens do pretenso devedor, para este, só depois d'esta diligencia, offerecer embargos; e, quando é demandado, ainda que seja por uma divida certa e liquida, constante d'uma escriptura publica ou d'um documento a ella equiparado, ha de dar bens á penhora depois de condemnado?

O art. 83.º da constituição politica da Republica do Brazil revogou todas as leis do antigo regimen que, explicita ou implicitamente, fossem contrarias aos principios n'ella consagrados. E no regimen republicano não ha privilegios pessoaes; são relativos aos cargos e aos interesses do serviço publico.

No art. 72.º § 24.º da mesma constituição foi proclamado o principio da liberdade profissional; e em vista d'elle a acção de honora-

---

[1] É certo que o D. n.º 3 084 de 5 de novembro de 1898, parte 3.ª, cap. 7.º, art. 422.º colloca, entre as acções executivas, a de honorarios medicos. Mas por esse D., meramente regulamentar, como se vê que é do seu preambulo, não tinha o poder executivo a faculdade de converter em Lei o que o não era. Elle cita em seu abono, pois teve apenas por fim codificar as disposições legaes vigentes, o citado alvará de 22 de janeiro de 1810, que suppõe em vigor, e nós já demonstrámos que não o estava. N'esta parte, o D., ou por equivoco ou por exhorbitancia das attribuições do governo, não merece a consideração dos tribunaes, que effectivamente lh'a tem negado, como se vê do accordão do Sup. Trib. de 28 de junho de 1900.

[2] *Odiosa restringenda et favorabilia amplianda.*

rios medicos, que não tem natureza especial, não póde ser privilegiada, não deve ser distincta das outras de direito commum.

Se os facultativos podessem gozar d'este privilegio pelo facto de serem formados em medicina, gozariam de egual privilegio, para haverem a importancia dos seus serviços, os formados em outras faculdades.

E quando mesmo o referido alvará ou alguma das suas disposições estivesse em vigor, não podia ainda assim applical-a ás dividas das heranças dos defuntos e ausentes em geral, porque a arrecadação dos seus espolios e a cobrança das dividas que sobre elles pesam estão reguladas por uma lei especial e posterior (Regulamento de 15 de junho de 1859), segundo o qual, como vimos, as dividas dos bens dos defuntos e ausentes, *qualquer que seja a sua natureza*, não podem ser pedidas senão por libello ou justificação conforme o seu valor.

Com relação ao segundo ponto cumpre observar que toda a execução ou toda a acção executiva, segundo os principios geraes de direito, carece d'uma base, de *sentença exequenda* ou de documento a ella equiparado por lei, do qual conste a obrigação que o individuo tem de cumprir para com outrem, embora o valor de tal obrigação, por não ser conhecido, tenha de ser liquidado.

Qual é a sentença exequenda ou o documento a ella equiparado que se ha de exhibir para, na cobrança de honorarios medicos, se começar o pleito com o processo executivo? A conta organisada pelo facultativo, embora tenha designação dos serviços com as respectivas datas, de natureza e qualidade d'elles, embora fixe o valor total e parcial, não é um documento authentico e legal que sirva para tal fim, porque não ha lei que o considere como tal.

E quando, como na hypothese atraz transcripta, forem contestados taes serviços? Se o consulado portuguez reconhecesse ou acceitasse os serviços allegados e não concordasse com a quantia pedida, teria pelo menos cabimento o alvitre seguido; mas desde que o consul, como administrador e curador do espolio, como protector nato dos herdeiros ausentes da sua nacionalidade, não concordou absoluta e genericamente na conta apresentada, a prestação dos serviços, a qualidade e a natureza d'elles tornaram-se factos contestados e não reconhecidos, e por isso tinham de ser provados. Isto é da primeira intuição.

Como pois uma conta extrahida pelo facultativo póde servir de base para processo executivo? Como poderão os arbitros fixar o valor dos serviços medicos sem se saber previamente se foram ou não effectivamente prestados? Que elementos offerece uma conta, como a que

foi transcripta, para os arbitros poderem chegar á conclusão de somma total, egual á que o requerente indicára? Bastava dizer-se que foram feitas 93 visitas, sem referir qual era a natureza de molestia que exigiu taes visitas? Como por essa acção se podia pedir honorarios de serviços medicos, prestados em annos anteriores[1] ao ultimo?

Confrontando as regras sobre similhante assumpto, consagradas no direito romano, com o espirito do alludido alv. de 22 de janeiro de 1810, se vê que os medicos, quando demandassem os seus honorarios, deviam apresentar um relatorio desenvolvido de serviços que prestaram, indicando não só o numero de visitas e operações, a data em que ellas foram feitas; mas tambem a natureza das molestias, os cuidados que dispensaram ao enfermo e todos os elementos emfim que podessem habilitar os arbitros para um laudo consciencioso, e a parte adversa para o exame e verificação dos factos.

Mas o requerimento e a conta inseridas nas paginas 140 a 141 não offerecem taes elementos; não designam nem a data, nem as molestias para as quaes foram feitas 93 visitas; nem d'aquellas peças se vê qual a importancia em que se computou o valor de cada um dos trabalhos clinicos e cirurgicos, anteriores e posteriores ao ultimo anno.

Por todos estes fundamentos entendemos que a importancia dos honorarios pelos serviços medico-cirurgicos não póde ser pedida por acção executiva, especialmente quando taes serviços não sejam reconhecidos ou não estejam provados.

Que juizo será competente para a propositura de acções contra os espolios arrecadados com intervenção consular?

Segundo o Regulamento de 15 de junho de 1859, é competente o juizo orphanologico para as acções intentadas contra as heranças arrecadadas em conformidade d'elle; isto é, para as heranças dos nacionaes e de estrangeiros com cuja nação o Brazil não mantem o principio de reciprocidade.

---

[1] No Brazil vigora a doutrina de ord. hiv. 1.º tit. 79 § 18, pela qual as dividas de honorarios medicos se prescrevem com um anno — Cod. civ. francez, art. 2272.º — Sr. Coelho da Rocha § 465 nota — Correia Telles. Dig. Por. vol. 1.º art. 1323.º, accordão do tribunal civil do Rio de Janeiro, de 30 de abril de 1900.

Com relação, porém, ás dividas dos espolios arrecadados com intervenção consular, era tambem estylo proceder-se da mesma fórma, diz o sr. Perdigão Malheiros. Mas o tal estylo não póde hoje subsistir diante da disposição da lei que posteriormente foi promulgada. O artigo 15.º lettra *E*, do D. brazileiro n.º 848, de 15 de outubro de 1890, determina expressamente que as acções contra os consulados de nações estrangeiras devem ser intentadas no juizo seccional ou federal, e não no juizo estadual. E tão certa é a doutrina consignada no citado decreto, de incompetencia de juizes estaduaes para as acções que os nacionaes intentam ou movem contra os consulados estrangeiros, que o governo federal, por aviso n.º 455 de 6 de outubro de 1891 expedido pelo ministerio da justiça, explicou-a a proposito d'um caso similhante que se deu no consulado portuguez do Rio de Janeiro.

Eil-o:

«Ministerio dos negocios da justiça — 2.ª secção — Rio de Janeiro, 6 d'outubro de 1891. — Em resposta ao vosso officio n.º 455 de 1 d'este mez, declaro-vos que approvo a vossa resolução de não prestar o auxilio de força publica á execução d'um mandado de penhora expedido por um dos juizes da camara civil contra o consulado portuguez n'esta capital, por não ser regular tal penhora, não só pela incompetencia do juiz que a decretou, e que devêra ser federal, desde que uma das partes do pleito é uma nação estrangeira pelo seu consulado (artigo 15.º lettra *E* do D. n.º 848 de 11 d'outubro de 1890), mas tambem pelas deferencias devidas a uma nação amiga, e que em vez do meio commum do processo, determinariam que a reclamação do pagamento se fizesse por via diplomatica. — *Antonio Luiz Affonso de Carvalho.* — Sr. Chefe de Policia da capital Federal.»

Esta doutrina ficou ainda corroborada com a parte 5.ª, cap. 6.º, art. 155.º e seguintes do D. brazileiro n.º 3084 de 5 de novembro de 1898, segundo o qual, como já vimos, a arrecadação e o inventario dos bens dos estrangeiros, com cuja nação o Brazil mantem o principio de reciprocidade, competem ao juizo seccional com intervenção do consul da respectiva nação.

Se taes deligencias devem ser procedidas pelo juizo federal, é incontestavel que as dividas passivas dos espolios de estrangeiros nas condições indicadas devem ser demandadas tambem no mesmo juizo.

E', portanto, certo que as acções contra os consulados portuguezes para pedir dividas de espolios de seus nacionaes arrecadados com a intervenção d'elles, devem ser hoje intentadas perante os juizes seccionaes e não estaduaes.

III

Se os bens arrecadados com intervenção consular e existentes na administração do respectivo consul podem ser penhorados, e no caso affirmativo em poder de quem devem ser depositados?

Quanto ao primeiro ponto:

Os consules em geral não tem jurisdicção contenciosa, salvo se lhes fôr conferida pelo governo do paiz onde residirem; mas, com respeito a seus nacionaes e no interesse d'elles, tem, segundo a organisação consular de todos os paizes, uma especie de patronato, um madato natural, do qual lhes advem o direito de arrecadar os bens que deixam pelo seu decesso os subditos da sua nação, e a obrigação de empregar todas as diligencias indispensaveis para pôl-os em segurança quando os fallecidos não sejam representados por herdeiros presentes.

Segundo a legislação do Brazil os consules estrangeiros não gosam ali de *exterritorialidade;* mas compete-lhes todas as attribuições e immunidades que a taes cargos são concedidas pelo Direito das gentes; estão sujeitos á jurisdicção das auctoridades do paiz, embora figurem como representantes de terceiros. Os consulados não servem de asylo para os criminosos, nem impedem a citação, prisão ou execução de qualquer mandado de justiça com relação aos individuos que ali se acolham, guardadas as attenções devidas á posição official dos consules.

São, portanto, admissiveis embargos, penhoras ou sequestros nos bens das heranças arrecadadas com intervenção dos consules, pois as contestações relativas aos direitos dos particulares só podem ser resolvidas pelos tribunaes judiciaes como consequencia natural da jurisdicção que compete á auctoridade do paiz em virtude da soberania territorial.

Mas de que fórma hão de ser feitas as penhoras?

É preciso que ellas recaiam sobre os bens do espolio devedor, ou precisamente sobre o producto d'elle. Penhorar bens ou valores pertencentes a diversos espolios, que não são obrigados pela divida em objecto, é inadmissivel pelo direito commum. Ordenar penhoras

executivas contra os consulados de nações estrangeiras sem saber quaes são os bens, ali existentes, que pertencem propriamente á herança devedora, é infringir um privilegio geralmente admittido e consagrado nos usos de todas as nações, e, independentemente de reciprocidade, no art. 19.º do D. de 8 de novembro de 1851.

Esse privilegio isenta os archivos, documentos e correspondencia dos consulados e vice-consulados estrangeiros, de buscas e de toda e qualquer investigação e exame por parte das auctoridades locaes. E foi conferido aos agentes consulares para que, em caso nenhum, possam ser inhibidos de exercer as funcções que por mutua conveniencia e cortezia lhes são reconhecidas.

E as penhoras sobre bens que não pertencem aos agentes consulares, nem aos seus governos, mas a espolios em arrecadação, não só os inhibem de exercer as suas mais importantes funcções, mas até de cumprir obrigações sacratissimas, em grave prejuizo de terceiros.[1]

---

[1] Eis o que na 2.ª parte do seu parecer diz o sr. Conselheiro A. de Castro com relação ás penhoras contra os consulados :

«A penhora, tanto pela ordenação, livro 3.º, titulo 86, como pelo regulamento de 25 de novembro de 1850, artigo 510.º e seguintes, só póde recair directamente sobre bens pertencentes ao executado, fazendo-se especificada menção dos valores apprehendidos, e guardando-se a ordem estabelecida por lei. Penhoras executivas contra o consulado, como as que constam dos processos abaixo referidos, tendo por objecto pagamento de percentagens, que, alem de indevidas pelas razões expostas, não podem ser pagas pelo consul pessoalmente ou pelos espolios arrecadados e indistinctamente considerados como devedores de quantias não especificadas no mandado executorio, não têem fundamento legal, e são verdadeiras infracções das disposições em vigor. A penhora deve recair sobre certa e determinada somma, pertencente a certa e determinada pessoa, como, para as precatorias de levantamento de bens recolhidos ao thesouro, está disposto no aviso de 3 de dezembro de 1864.

As quantias depositadas pelo consulado nos bancos, onde foram penhoradas, sem discriminação dos donos a que pertencem, podem ser propriedades de terceiros, completamente extranhos á execução, ou fazer parte de heranças ainda não liquidadas. Como obrigal-as a pagamentos de dividas incertas, sem classificação determinada nos respectivos mandados ? Comprehende-se que, verificada a responsabilidade do espolio A ou B, por divida certa e especificada, em relação a cada um d'elles, se mova execução para pagamento do que fôr directamente devido por este ou aquelle, segundo houver sido ordenado pela auctoridade judiciaria ; mas pretender que os espolios A e B paguem o que possa ser devido por C ou D, é um absurdo que se não sustenta em face da razão e da lei que rege as relações juridicas do credor e do devedor. A não ser assim, tornar-se-ia impossivel aos consules cumprir o dever, que têem, de liquidar os espolios e satisfazer os compromissos a que possam ser obrigados, resultando d'ahi manifesto prejuizo de terceiros e quebra do caracter official que representam.

Tal é a resolução que o governo brazileiro deu sobre similhante assumpto.

AVISO DO MINISTERIO DOS NEGOCIOS ESTRANGEIROS
DE 4 D'AGOSTO DE 1875
AO PRESIDENTE DA PROVINCIA DE MARANHÃO

«O ministro de Sua Magestade Fidelissima, em nota de 21 de julho ultimo, representou contra os termos em que o juiz de direito da segunda vara civel da comarca d'essa capital redigiu o mandado de penhora de 8 de abril do corrente anno, por dividas de herança de Joaquim Pereira Machado, arrecadada pelo consul d'aquella nação.

«Ponderando as circumstancias do caso vertente, o governo imperial está convencido de que o referido consul n'elle figurou em sua qualidade official, que lhe reconhecem as leis do imperio, e não como particular interessado em causa propria. Em tal emergencia não lhe são applicaveis todas e quaesquer disposições do direito commum. Além de o protegerem bem conhecidos principios de direito internacional no livre exercicio de suas funcções consulares, existem, como V. Ex.ª sabe, outras disposições de caracter quasi convencional, que provisoriamente se resumem no decreto de 8 de novembro de 1851. Os art.os 17.º, 18.º e 19.º d'esse decreto sufficientemente explicam a posição excepcional dos consules estrangeiros, quando por qualquer motivo teem de ficar sujeitos a jurisdicção das nossas auctoridades nos negocios e delictos individuaes; e, especialmente, á vista do art. 18.º torna-se incontestavel que em caso nenhum poderia ser lançado contra o consul portuguez, um mandado judicial de prisão sem prévia auctorisação do governo imperial.

«Nem a este parece que se possa effectuar penhora sobre bens particulares de um consul, para a cobrança de dividas de uma herança de terceiro, que elle como tal arrecadou para d'ella dar conta a quem de direito.

«N'essa conformidade regulará V. Ex.ª o seu procedimento, tomando as providencias que para isso forem necessarias, se já o não tiver feito.

«Renovo, etc. — *Barão de Cotegipe.*»

Tão grave e melindrosa é esta questão de execuções movidas contra os consulados, sem escrupulosa observancia das disposições que as regulam, que sobre ella pronunciou-se o governo nos termos do aviso que se segue, não publicado nas collecções officiaes, mas constante da discussão havida na camara dos deputados, nas sessões de 24 e 28 de maio de 1877.

(Este aviso está inserido no texto supra.)

Discussão havida sobre elle nas sessões de camara dos deputados de 24 e 28 de maio de 1877.

«O ministro da justiça, em sustentação do aviso do ministerio dos estrangeiros, accrescentou na sessão de 28 de maio: Que tratava-se de execução movida por credor do espolio de um portuguez fallecido, espolio arrecadado pelo agente consular respectivo. Que o credor munido de sua carta sentença requereu penhora em bens existentes em poder do consul, resultante da liquidação de outros bens. O consul recusou obedecer. Passou-se novo mandado, e o consul, subtrahindo-se á execução, poz termo ao incidente, declarando que já não existiam em seu poder valores pertencentes ao mencionado espolio. Trazida a questão ao conhecimento do governo, foi resolvida pelo modo constante do citado aviso de 4 de agosto de 1875.

«Ora, os art.os 17.º a 19.º do decreto de 1851, de accordo com o direito das gentes, e com os usos e praticas internacionaes, estabelecem, não só certas isenções em favor dos consules e agentes consulares, mas a inviolabilidade dos archivos, documentos e correspondencia official dos consulados, isentando-os de buscas e quaesquer investigações e exames por parte das auctoridades do imperio.

«Em face, pois, da recusa do consul, o mandado de penhora não poderia tornar-se effectivo sem resolver-se em mandado de busca, que o juiz da execução não podia expedir sem contrariar o disposto no citado regulamento. Assim, o aviso está de accordo com a legislação do paiz, com as regras praticadas do direito internacional, sendo sem fundamento a censura.»

Quanto ao segundo ponto:

A ultima parte do § 12.º do Acto Interpretativo de 23 de maio de 1867 dizia:

«Se durante a liquidação feita pelo funccionario consular, nos termos do § 2.º, sobrevier um embargo, penhora ou sequestro dos bens, ou parte dos bens da dita herança, o funccionario consular será nomeado guarda ou depositario dos bens embargados, penhorados ou sequestrados.»

O § 2.º do artigo 26.º da convenção de 25 de fevereiro de 1876 dispunha:

«Se durante a liquidação sobrevier embargo, penhora ou seques-

tro dos bens d'uma herança, o funccionario consular será depositario dos mesmos bens penhorados, embargados ou sequestrados.»

E, comquanto o D. de 8 de novembro de 1851 nada diga a tal respeito, parece-nos, todavia, racional e juridico que o consul, que como representante do seu governo e protector dos seus nacionaes é depositario nato dos bens do finado e curador dos herdeiros menores, ausentes ou incapazes, seja tambem o depositario na penhora, sequestro ou embargo.

A legislação, quer civil quer commercial, quer portugueza quer brazileira, não prohibe que o proprio executado seja depositario dos bens penhorados, sequestrados ou embargados, convindo o exequente.

Comtudo, na acção summaria executiva que, pelo juizo d'orphãos e ausentes do Rio Grande do Sul, moveu contra o espolio de Costa Ferreira o alludido facultativo, tendo sido a requerimento do mesmo penhorados e depositados em poder do consulado portuguez 11:167$440, appareceu mais tarde o depositario geral e requereu a remoção do deposito em seu poder; o juiz de execução, que tinha ordenado a penhora e o deposito, indeferiu; o depositario interpôz aggravo d'este despacho para o juiz de direito, o qual lhe deu provimento condemnando o aggravado nas custas!

Eis como o consul narrou esse facto no officio que dirigiu á legação portugueza:

«Feito assim o arbitramento expediu-se o mandado de penhora addicionando ao valor demandado a verba de 1:000$000 como importancia dos honorarios do advogado, e 167$440 réis de custas, e com elle fez-se deposito de 11:167$440 em poder d'este consulado, deposito que eu assignei para evitar conflicto e poder embargar a acção. Mais tarde, o depositario geral, atiçado pelo appetite da percentagem, requereu a remoção do deposito em seu poder, fundando-se nas disposições da lei commum e geral.

«O juiz districtal supplente indeferiu a pretenção, mas tendo aggravado por petição d'esse despacho, o juiz de Direito de Pelotas, que na ausencia do proprietario d'esta comarca accumulava as funcções, deu provimento ao aggravo, condemnando o aggravado nas custas. E como as decisões sobre aggravos, segundo a legislação do Brazil, não admittem embargos, nem nenhuma outra especie de recurso, o consulado portuguez ficou em condições de não poder nada fazer judicialmente sobre o assumpto.

«Vê-se d'aqui que um juiz, sem provar os factos, deferiu a penhora e o deposito, e o outro, sem motivo justificado e só porque o depositario requeria a remoção para ter a percentagem, deferiu-a.»

Cumpre notar que em todos esses incidentes o consulado portuguez não entrou nem com prego, nem com estôpa; não foi absolutamente ouvido; limitou-se apenas a assignar o termo de deposito. No incidente do aggravo sabemos que aggravante foi o depositario publico que recorreu do despacho do juiz de execução; mas quem foi o aggravado? Não podia ser o consulado portuguez, porque não foi elle que requereu o deposito em seu poder; não podia ser elle, porque não foi ouvido, nem quando a remoção foi denegada pelo juiz de execução, nem quando foi deferida pelo juiz de direito substituto.

E comtudo não só foi removido o deposito do poder do consulado portuguez para o de depositario publico, mas ainda o tal espolio teve de pagar quasi 200$000 réis de custas do incidente do aggravo, visto, segundo a legislação do Brazil, as decisões sobre aggravos não admittirem nenhuma especie de recurso!

Mas haveria fundamento para essa remoção? Nenhum, tanto mais que não era o exequente que a requeria. O unico fundamento, se o havia, era o interesse da percentagem para o depositario publico.

Não havia fundamento, porque as penhoras e os depositos não foram estabelecidos na legislação para favorecer os depositarios, mas tão sómente para garantir as quantias exequendas; é por isso que a L. não se oppõe a que nas execuções os bens penhorados sejam depositados em poder do proprio executado, annuindo o exequente.

IV

Podem os agentes consulares vender os bens das heranças arrecadadas sem auctorisação do juiz territorial?

A convenção luso-brazileira de 25 de fevereiro de 1876 commettia aos agentes consulares a faculdade de venderem os bens moveis, fazendo depender da auctorisação do juiz apenas a venda dos immoveis.

O n.º 2 do art. 26.º d'aquelle diploma estatuia assim:

«Venderá immediatamente em publico leilão, na fórma das leis e usos estabelecidos, os bens que se possam deteriorar, ou que sejam de difficil e dispendiosa guarda.»

O art. 3.º do D. de 8 de novembro de 1851 dispõe que, concluido o inventario, os bens da herança sejam confiados á administração e á liquidação do consul. Ora a faculdade de liquidar, tão amplamente concedida, abrange a faculdade de vender e todas as outras que não estejam claramente restringidas, e por isso, parece-nos que os agentes consulares podem vender sem tal auctorisação, pelo menos os bens moveis, quando se encontrem nas condições supra indicadas.

Ás attribuições que os governos dos paizes mais cultos do mundo reconhecem aos funccionarios consulares das nações amigas e alliadas, de arrecadar, administrar e liquidar as heranças dos seus nacionaes, anda inherente uma outra, egualmente reconhecida: a de proceder á venda dos bens d'ellas, que possam deteriorar-se, ou cuja conservação seja dispendiosa.

O acto da venda é uma consequencia essencial da liquidação. Comquanto o D. de 8 de novembro de 1851, entre as diversas attribuições que commette aos funccionarios consulares, não mencione, expressamente, a faculdade de vender, é certo, todavia, que ella se acha implicitamente comprehendida nas de *administrar e liquidar os bens.*

E assim foi aquelle decreto constantemente entendido e executado pelos tribunaes brazileiros, como attesta o illustre auctor do «Manual do Procurador dos Feitos» dizendo na pag. 156 nota 668:

«Póde o consul vender os bens? Quaes? E de que modo? São questões que o D. de 8 de novembro de 1851 não resolveu, parecendo todavia dar logar á interpretação affirmativa pela maneira lata em que se acha concebido n'este ponto, de sorte que, praticamente n'esta Côrte, o consul, depois de avaliados os bens, faz vender tudo em leilão commercial.»

A venda não é um acto de jurisdicção contenciosa, mas sim de jurisdicção voluntaria, que póde e deve ser confiado aos funccionarios consulares, como legitimos representantes das auctoridades estabelecidas nos seus respectivos paizes, para proteger os menores ausentes ou incapazes.

Os proprios publicistas, que sustentam que a fórma da venda deve ser regida pela lei real ou local *(locus regit actum)*, não negam aos funccionarios consulares o direito de presidir á venda dos bens

dos espolios que lhes compete arrecadar, administrar e liquidar. As fórmas solemnes da venda judicial augmentariam consideravelmente as despezas, com grave prejuizo dos proprios menores ou ausentes que a lei deve proteger.

Entendemos, portanto, que os funccionarios consulares podem vender, sem dependencia da auctoridade territorial, os bens moveis pertencentes aos espolios arrecadados com intervenção d'elles e que possam deteriorar-se ou cuja conservação seja dispendiosa.

Esta mesma doutrina tivemos occasião de sustentar n'uma reclamação que fomos incumbidos de fazer.

Eis a reclamação:

«Ill.mo Sr. Porfirio Ramos Trindade, 3.º conselheiro municipal exercendo as funcções de juiz de ausentes. — O consul de Portugal no Rio Grande do Sul foi no dia 19 do corrente intimado d'um despacho de V. S.ª, proferido nos autos de arrecadação do espolio do finado Costa Ferreira, como 3.º conselheiro municipal, por terem-se jurado suspeitos o juiz de ausentes, o seu supplente e os dois primeiros conselheiros, — despacho pelo qual mandou sobreestar na venda em leilão, de ferragens pertencentes ao mesmo espolio, annunciada e designada para hontem, pelo fundamento de não ser sufficiente a auctorisação, para tal fim concedida pelo juiz proprietario, magistrado formado em leis, visto o valor das existencias exceder a alçada d'esse juizo.....

.....

«Das disposições citadas claramente se deprehende que a faculdade de liquidar comprehende a faculdade de vender. Portanto os consulados teem na lei em vigor faculdade para vender bens da herança. Sem embargo d'isso a venda em leilão dos bens mobiliarios do finado Costa Ferreira foi authorisada nos respectivos autos pelo juiz proprietario nos seguintes termos: *Estes objectos e todos os outros constantes da alludida relação ou arrolamento ficaram á guarda do consulado portuguez, a quem, procedida previamente a avaliação, auctorisou elle juiz a venda em leilão.*

«O regulamento invocado, que é lei especial, não se refere aos juizes de direito, pelo contrario todas as attribuições judiciarias indispensaveis em similhantes processos commette aos juizes de defunctos e ausentes. Se a venda dos bens mobiliarios, que é a conversão dos generos em valores da moeda, excedendo a alçada estabelecida na lei geral, não podesse ser auctorisada pelo juiz de ausentes, com mais razão não podia ser auctorisado o pagamento, a res-

tituição ou a entrega das quantias superiores ao valor da mesma alçada. Como então foram auctorisados por este juizo tantos pagamentos de dividas superiores á sua alçada — como consta das deprecadas que teem sido expedidas nos mesmos autos? Como V. S.ª mesmo mandou expedir mandado contra este consulado para pagar á Santa Casa da Misericordia mais de treze contos de réis como consta dos autos? De mais, a responsabilidade da auctorisação concedida para a venda das existencias do finado Costa Ferreira é de quem a deu — e não recae sobre os outros. Por todos estes fundamentos requer o consul de Portugal que, juntando este aos respectivos autos, se sirva de reconsiderar o assumpto e declarar sem effeito o referido despacho. — Rio Grande do Sul, 21 d'outubro de 1896.»

DESPACHO

«Conformando-me com as razões allegadas pelo sr. consul de Portugal, defiro a sua petição ficando insubsistente o despacho de fl. 92. — Rio Grande, 24 d'outubro de 1896. — *Porfirio Ramos Trindade.*»

INDICE

Prefacio, do ex.mo sr. Fernando Martins de Carvalho..... 1
Prologo 7

PRIMEIRA PARTE

I

Relações entre Portugal e o Brazil. — Convenções consulares assignadas entre ambos os paizes. — Regimen actual da arrecadação dos espolios de subditos portuguezes fallecidos no Brazil e vice-versa..... 13
Notas reversaes entre a Legação de Portugal e o governo brazileiro sobre a naturalisação attribuida aos estrangeiros, e os DD. brazileiros de 8 de novembro de 1851 e de 5 de novembro de 1898..... 21

II

Caracter e indole d'esse decreto, em relação a Portugal e o Brazil..... 37

III

Competencia do poder judicial em relação ao mesmo diploma..... 41

SEGUNDA PARTE

I

Quando e de que fórma o consul deve intervir na arrecadação de espolios de seus nacionaes ?..... 45

II

Como e de que fórma o consul, segundo o decreto de 8 de novembro de 1851, intervem na arrecadação dos bens de seus nacionaes ?..... 47

III

Casos em que, segundo o alludido decreto, não ha arrecadação de herança.. 50

IV

Casos em que ha arrecadação pelo juizo territorial, sem intervenção do consul. 59

TERCEIRA PARTE

Na arrecadação da herança, feita conjuntamente com o consul, os funccionarios judiciaes teem direito á percentagem? 87

QUARTA PARTE

I

Emolumentos e percentagens consulares..... 121

II

Continuação..... 124

III

Differenças entre o regulamento de 1859 e o decreto de 1851..... 128

IV

Desde quando se deverá contar o anno, estabelecido no decreto, para os credores reclamarem os seus direitos?..... 132

V

Podem os consules pagar as dividas passivas dos espolios sem auctorisação do juiz territorial? Póde este auctorisar o pagamento sem annuencia do consul? 133

QUINTA PARTE

I

As dividas das heranças, que não forem pagas no processo de arrecadação, de que fórma devem ser reclamadas?..... 139

II

Que juizo será competente para a propositura de acções contra os espolios arrecadados com intervenção consular?..... 147

III

Se os bens arrecadados com intervenção consular e existentes na administração do respectivo consul podem ser penhorados, e no caso affirmativo em poder de quem devem ser depositados?..... [illegible]

IV

Pódem os agentes consulares vender os bens das heranças arrecadadas sem auctorisação do juiz territorial?..... 145

121

124

125

52

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

RAMON DE DALMAU Y DE OLIVART

MARQUÉS DE OLIVART

RECEIVED DECEMBER 31, 1911